

Roberto Romboli

La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*

1. La Corte costituzionale risolve la delicata questione di costituzionalità che riproponeva il problema della legittimità costituzionale del matrimonio tra coppie dello stesso sesso, già affrontato quattro anni prima ([sent. 138/10](#), e in *Foro it.*, 2010, I, 1361 e 1701, con note di Romboli, Dal Canto e Costantino), con riguardo però ad una fattispecie del tutto particolare e, come riconosce la stessa Corte, “sul piano fattuale innegabilmente infrequente”.

Si trattava infatti di un matrimonio, nato eterosessuale ed arrivato omosessuale, in conseguenza della rettificazione, ai sensi della l. 164/82, dello stato civile di uno dei due coniugi, il quale pertanto, giuridicamente, era qualificabile come appartenente allo stesso sesso dell’altro coniuge.

La questione di costituzionalità, sollevata dalla Corte di cassazione, aveva ad oggetto le disposizioni che prevedono il c.d. divorzio imposto, ossia che al mutamento di sesso anagrafico di uno dei due coniugi segua l’automatico scioglimento del matrimonio, anche nell’ipotesi in cui, come nella specie, i due coniugi intendano, ciò nonostante, proseguire la vita familiare in comune e quindi continuare ad essere legati dal vincolo matrimoniale.

La decisione della Corte, per i motivi che cercherò di evidenziare, non elimina affatto – come invece appartiene alla logica della pregiudiziale costituzionale – i dubbi sollevati dal giudice *a quo*, ma ne solleva ulteriori e niente affatto di semplice soluzione.

La sentenza in epigrafe si pone in sostanziale e strettissima continuità con la precedente del 2010 sopra ricordata, come correttamente evidenziato dai commenti della dottrina, che ha parlato di “vie parallele” (Ruggeri) o di “dialogo tra tali pronunce” (Veronesi).

Se per decisioni scritte in osmosi e in contemporanea dai giudici costituzionali si è parlato di “sentenze gemelle” - il caso più noto quello delle [sentt. n. 348 e n. 349 del 2007](#) in tema di efficacia della Cedu, quale norma interposta per i giudizi di costituzionalità sulle leggi – nel nostro caso, essendovi una differenza temporale di quattro anni, si potrebbe parlare comunque di “sentenze sorelle”, tra le quali la più giovane si muove nel solco degli insegnamenti forniti dalla primogenita ma, come spesso accade per i secondi figli, in maniera anche più intraprendente e disinvolta, avendo i genitori ormai fatto la loro esperienza sulla prima figlia.

I parametri costituzionali, invocati nelle due differenti questioni di costituzionalità, risultano essere sostanzialmente gli stessi (quello dell’art. 24 Cost., infatti non aggiunge molto rispetto al denunciato art. 3 Cost.), anche se vengono esaminati in un diverso ordine.

La [sent. n. 138 del 2010](#) ha affrontato infatti due distinti profili di costituzionalità, partendo da quello relativo alla supposta violazione dell’art. 2 Cost., per dichiarare nel merito, sulla esistenza di un diritto delle coppie omosessuali ad unirsi in matrimonio. Ha invece escluso il contrasto delle norme impugnate con gli art. 3 e 29 Cost., attraverso una lettura originalista della nozione di matrimonio e ritenendo in sostanza connaturale ad essa la differenza di sesso tra i nubendi.

La denunciata violazione della Cedu e quindi dell’art. 117, 1° comma, Cost. è stata relegata al posto di Cenerentola e liquidata con l’affermazione che la normativa sovranazionale non impone la piena equiparazione fra i due tipi di coppia, né tantomeno il matrimonio omosessuale e quindi “la materia è affidata alla discrezionalità del parlamento” nazionale.

La [sent. n. 170 del 2014](#) affronta invece prioritariamente la supposta violazione degli art. 3 e 29 (e 24) Cost., anche se per dichiarare inconfidente e non pertinente il loro riferimento nell’ordinanza di remissione in quanto non è configurabile un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita dal vincolo del matrimonio, dal momento che la nozione di matrimonio “è quella definita dal codice civile del 1942, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso”. Una dichiarazione quindi di sostanziale infondatezza, che riprende esattamente le conclusioni della [n. 138](#) sul diritto delle coppie omosessuali al matrimonio.

* Scritto destinato anche a *Il Foro italiano*, 2014, fasc. 10.

Anche la supposta violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost. ottiene la stessa, sommaria e sbrigativa, risposta: “in assenza di un consenso tra i vari stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte Edu, sul presupposto del margine di apprezzamento conseguentemente loro riconosciuto, afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso”.

Riguardo invece alla denunciata violazione dell'art. 2 Cost., la Corte costituzionale giunge addirittura ad una dichiarazione di incostituzionalità, seppure un poco particolare. Ma di questo mi occuperò fra un momento.

Ottiene quindi una precisa conferma il carattere necessariamente eterosessuale della nozione di matrimonio che deve ritenersi accolta dalla Costituzione, come opportunamente sottolineato da alcuni commentatori (Veronesi, Bianchi, il quale rileva come la eterosessualità da elemento controverso sia adesso elevato a presupposto logico-giuridico della decisione).

Nei moltissimi commenti dedicati alla [sent. n. 138 del 2010](#) (sui quali mi sia consentito rinviare a Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in Pezzini, Lorenzetti (curr.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011, 3ss.), alcuni avevano sottolineato e quasi enfatizzato la prima parte (quella cioè contenente l'affermazione del diritto fondamentale a vivere la vita di coppia da parte degli omosessuali), sminuendo la seconda parte e quasi facendo finta di non leggere quanto invece la Corte in essa affermava pure con una certa chiarezza, ossia la lettura originalista dell'art. 29 Cost.

Altri in direzione esattamente opposta avevano sminuito le possibili conseguenze della prima ed invece valorizzato il contenuto della seconda e l'affermazione della contrarietà del matrimonio omosessuale ai principi della nostra Costituzione.

Nello scritto sopra citato avevo criticato entrambe queste posizioni sul presupposto che, deontologicamente, il commentatore non deve fare una lettura della motivazione della sentenza analizzata “troppo creativa”, ossia non deve cercare di far dire alla Corte quello che avrebbe voluto che il Giudice costituzionale avesse detto o che ritiene giusto che avrebbe dovuto dire.

Una lettura libera da pre-giudizi della [sentenza n. 138](#), a mio avviso, portava infatti a dover concludere nel senso adesso solo ribadito dalla Corte: quindi nessuna sorpresa su questo versante, come invece lo sarebbe stato un mutamento (certamente molto auspicabile, pur se al momento improbabile) della giurisprudenza costituzionale sul punto.

La Corte costituzionale avrebbe invece potuto valorizzare la particolarità della questione sottoposta, rispetto a quella di carattere generale esaminata quattro anni prima. Pur non mancando di sottolinearne la specificità, trattandosi non di un matrimonio da celebrare tra persone dello stesso sesso, ma di un matrimonio regolarmente celebrato che, solo successivamente, aveva perduto un requisito richiesto dalla legge.

La valorizzazione della specificità (e rarità) del caso avrebbe forse potuto spingere la Corte costituzionale a risolvere la questione accettando il caso come eccezione rispetto ad una regola, la quale sarebbe stata quindi comunque ribadita.

E' questa la posizione assunta dal Tribunale costituzionale tedesco, pure citato nella sentenza in esame, che in caso analogo ha posto in risalto la differenza tra la richiesta di matrimonio da parte di un coppia omosessuale e quella di una coppia già sposata, originariamente di sesso diverso, che chiede di restare unita, giudicando “veramente troppo” chiedere di dividere la coppia e ritenendo che il legislatore può in tali casi consentire che il matrimonio resti valido ed efficace anche dopo la rettificazione del sesso (*Beschluss* [27 maggio 2008](#); su di essa Biondi, Winkler).

2. Nel giudicare il merito della questione sottoposta, una posizione centrale assume la necessità, sottolineata dalla Corte costituzionale, di bilanciare due esigenze entrambe aventi fondamento nella Costituzione: “da un lato l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (...) dall'altro lato l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il

consenso dell'altro (...) non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere”.

Il bilanciamento, a giudizio della Corte, è svolto dal legislatore in maniera “sbilanciata”, nel senso che tutela il primo interesse, disconoscendo del tutto il secondo, per cui la scelta da quello operata deve essere dichiarata incostituzionale.

Analoghe considerazioni hanno mosso di recente la Corte per la risoluzione della delicata questione relativa al bilanciamento tra il diritto all'anonimato della madre ed il diritto del figlio a conoscere le proprie origini ai fini della tutela dei suoi diritti fondamentali. La Corte ha ritenuto di dover dichiarare, per la sua eccessiva rigidità, la incostituzionalità della disciplina che stabiliva una sorta di “cristallizzazione” o di “immobilizzazione” della scelta per l'anonimato, con effetti di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad “espropriare” la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione ([sent. 278/2013](#), e in *Foro it.*, 2014, I, 4, con nota di Casaburi).

In entrambi i casi il tipo di decisione prescelto è quello della additiva di principio, vale a dire la dichiarazione di incostituzionalità della norma impugnata, accompagnata dall'invito al legislatore ad intervenire allo scopo di realizzare i valori costituzionali violati appunto dalla norma dichiarata incostituzionale.

Nel nostro caso la Corte invita il legislatore ad intervenire “con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti”.

A seguito di ciò la dottrina si è interrogata – e lo dovranno fare anche i giudici – su quali siano le conseguenze di tale pronuncia ossia quali gli effetti sul giudizio in corso e per gli eventuali futuri analoghi giudizi.

La decisione additiva di principio non è certamente una novità nella giurisprudenza costituzionale, essendo almeno venti anni che la stessa ha fatto il suo ingresso nella tipologia delle pronunce costituzionali.

In sintesi, essa nasce come risposta alla critica di eccessiva invadenza, nei riguardi delle scelte del legislatore, delle decisioni manipolative della Corte (additive o sostitutive), come tali auto applicative. Di fronte alla inerzia del legislatore, accompagnata però dalla presenza di una pluralità di possibili scelte, la Corte si limita a dichiarare la incostituzionalità, senza modificare direttamente la disposizione impugnata, fissando un principio al quale il legislatore dovrà dare attuazione.

Il rispetto del ruolo del legislatore deriva dal riconoscimento ad esso, e solo ad esso, di un (sollecitato) intervento contenente una normativa di carattere generale, senza però che ciò significhi riconoscergli altresì di impedire, con la propria inerzia, la realizzazione dei valori costituzionali espressi dal “principio”. Per questo, quando è possibile, i giudici sono abilitati da subito a reperire la regola del caso concreto nel principio espresso dalla Corte.

In altri termini l'additiva di principio

La eventualità che il principio fissato dalla Corte non abbia alcuna possibilità di trovare applicazione in assenza dell'intervento del legislatore, ha fatto parlare di “doppio effetto paralizzante” (Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, 181), nel senso che la norma impugnata non potrà essere applicata in quanto dichiarata incostituzionale ed il principio neppure, fintanto che il legislatore non decida di intervenire.

E' certo che la Corte può scegliere il tipo di decisione che intende adottare per risolvere una questione di costituzionalità ed è noto anche come quello della tipologia delle pronunce sia uno dei campi in cui il Giudice costituzionale ha mostrato maggiore creatività, ma pare altrettanto certo che esso non può disporre degli effetti che la legge attribuisce al tipo di decisione, neppure, se non entro certi precisi limiti, attraverso la motivazione della stessa.

Così per le note sentenze interpretative di rigetto, spesso dotate di una efficacia sostanzialmente superiore a quelle di incostituzionalità, nessuno ha mai dubitato che la loro formale efficacia fosse quella propria delle decisioni di infondatezza. Lo stesso dicasi per le c.d. sentenze di illegittimità accertata, ma non dichiarata, dove a fronte di un dispositivo di rigetto si univa una motivazione

nella quale la Corte faceva chiaramente capire che la norma impugnata si poneva in contrasto con la Costituzione.

Il tipo di decisione espresso dalla sentenza in esame è dunque quello di una pronuncia additiva di principio, ossia di merito e di illegittimità costituzionale, per cui nessun dubbio dovrebbe nutrirsi circa la efficacia della stessa in generale e per il giudizio a quo (“le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”, art. 30, 3° comma, l. 87/53). Tale disposizione fu scritta, come noto, allo scopo di fugare qualsiasi dubbio che poteva essere nutrito sulla base della formulazione dell’art. 136 Cost., circa l’efficacia della decisione di incostituzionalità nel giudizio *a quo*, dal momento che la soluzione contraria avrebbe vanificato il modello di controllo adottato in Italia, vale a dire quello “misto”, caratterizzato da un controllo accentratore, ma ad iniziativa diffusa e “concreto”, in conseguenza della necessaria rilevanza della eccezione di costituzionalità.

3. La lettura congiunta delle due sentenze sul matrimonio omosessuale, appare utile a chiarire il percorso che ha condotto il Giudice costituzionale ad utilizzare il dispositivo della additiva di principio.

Nella [sent. 138/10](#) la Corte, come detto, aveva fatto salva la possibilità di intervenire in seguito con riguardo a specifiche situazioni per eliminare le eventuali irragionevoli discriminazioni e dare così tutela agli interessi fatti valere.

Questo passaggio è espressamente ripreso nella [sent. 170/14](#), la quale viene appunto ad inquadrare il caso sottoposto in una di quelle specifiche situazioni alle quali aveva fatto riferimento quattro anni prima (“è innegabile che la condizione dei coniugi che intendano proseguire nella loro vita di coppia ... sia riconducibile a quella categorie di situazioni ... con riguardo alle quali ricorrono i presupposti per un intervento di questa corte per il profilo ... di un controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore”).

Logica pertanto la conclusione nel senso della incostituzionalità, una volta accertata la non razionale discriminazione, mentre non altrettanto potrebbe risultare il fatto che - dopo aver escluso un intervento demolitorio a causa della pluralità delle scelte possibili, quindi riservate al legislatore ed aver promesso invece un intervento su questioni specifiche - la decisione si risolve per buona parte, come vedremo, in un nuovo, pressoché identico, rinvio alle scelte del legislatore.

Una simile anomalia può trovare una spiegazione nel fatto che la Corte con la sentenza in commento dichiara la incostituzionalità non di una norma espressa, bensì di una omissione del legislatore.

Anche questo certamente non può ritenersi una novità per la giurisprudenza costituzionale, la quale - a fronte della mancata previsione della ipotesi di incostituzionalità per omissione presente invece in altri sistemi di giustizia costituzionale, come ad esempio quello portoghese - ha cercato di sopperire attraverso la dichiarazione di incostituzionalità di una norma “nella parte in cui non prevede....”.

Questo tipo di pronuncia ha poi nella realtà assunto forme, e soprattutto efficacia, differenti, in quanto in alcuni casi la Corte ha adottato una sentenza con contenuto additivo-autoapplicativo (se ad esempio dichiara incostituzionale una norma, nella parte in cui non prevede l’assistenza del difensore dell’imputato all’espletamento di una prova), in altri una additiva di principio di cui abbiamo detto. In quest’ultimo caso il principio indicato dalla Corte a volte può essere immediatamente applicato dal giudice per la soluzione della causa, altre volte occorre attendere l’intervento del legislatore (il ricordato doppio effetto paralizzante).

In tutti i casi però quello che non può mancare è la parte relativa all’effetto demolitorio che deve seguire sempre qualsiasi dichiarazione di incostituzionalità e che, nella logica della additiva di principio, vale a liberare l’ordinamento da una norma che avrebbe impedito l’effetto voluto e richiesto dai principi costituzionali.

La particolarità della [sent. n. 170](#) sta invece nel fatto che verrebbe a mancare proprio l’“immane” effetto demolitorio e quindi anche il “doppio effetto paralizzante”, in quanto la

norma impugnata dovrebbe continuare ad essere applicata, in quanto non solo non incostituzionale, ma addirittura costituzionalmente necessaria, perché la introduzione, nei casi quali quello in esame, di un divorzio a domanda “equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l’art. 29 Cost.”.

Evidente quindi che si tratta di una situazione anomala o almeno del tutto nuova per la giurisprudenza costituzionale, derivante dal fatto che finora in ipotesi del genere la Corte adottava una pronuncia di inammissibilità o di rigetto con monito, semmai pressante, al legislatore.

La differenza, certamente non trascurabile per quanto finora detto, è che il dispositivo è inequivocabilmente di incostituzionalità, con gli effetti pure ricordati.

Le possibili variazioni sul tema sono infatti quelle di una illegittimità costituzionale totale (eliminazione della disposizione in tutti i suoi significati), parziale (nella parte in cui prevede), interpretativa (quando incostituzionale è solo una delle possibili interpretazioni).

La Corte in alcuni casi, in maniera anche discutibile, ha inciso sugli effetti della incostituzionalità ed in particolare sulla loro efficacia nel tempo.

La sentenza in esame non è inquadrabile in alcuna di queste ipotesi e la ragione, a mio avviso, consiste nel fatto che, per la prima volta, la Corte costituzionale dichiara la incostituzionalità di una omissione legislativa “pura e semplice”, ossia non collegata con la incostituzionalità di una norma scritta. Ipotesi non prevista dal nostro sistema di giustizia costituzionale.

Questa scelta parrebbe essere il derivato di un succedersi di affermazioni: nella [138/10](#) c’è stato un monito al legislatore ad intervenire, nella [conferenza stampa](#) il presidente Gallo (12 aprile 2013) ha richiamato espressamente quel monito ed ha altresì sostenuto che i moniti “costituiscono l’unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità” e che “queste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l’affermazione – resa nell’esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è *tenuto* ad intervenire in materia” (corsivo aggiunto).

Essere “tenuto” ad intervenire equivale pertanto all’affermazione di un obbligo del legislatore, il quale può di conseguenza essere sanzionato in quanto tale ed è appunto quello che la Corte costituzionale ha fatto con la sentenza in esame.

4. Data per buona la ricostruzione appena fatta, verrebbe a trovare spiegazione anche l’imbarazzo o le difficoltà che ha mostrato la dottrina che si è interrogata circa gli effetti da attribuire alla [decisione n. 170 del 2014](#).

Una parte di essa, definita “prudente” o “conservatrice” da Paolo Veronesi, ha ritenuto infatti che l’efficacia della pronuncia sia di fatto identica a quella di una decisione di inammissibilità o di infondatezza con monito, riconoscendo ad essa al più l’effetto di rendere quest’ultimo più pressante (Ruggeri, Biondi).

Non molto dissimile, almeno nella sostanza, anche la posizione di quanti hanno concluso per la possibilità del giudice, di caso in caso, di accogliere singole richieste degli ex coniugi relative ad aspetti particolari della vita di relazione, ispirandosi al principio espresso dalla Corte (Veronesi, Salazar). Si tratterebbe di un effetto in realtà non molto dissimile rispetto a quello già ricavabile dalla [sentenza n. 138 del 2010](#).

Altri infine, allo scopo di superare comprensibilmente la frustrazione di una dichiarazione di costituzionalità *inutiliter data*, hanno ritenuto inapplicabili le disposizioni dichiarate incostituzionali fintanto che il legislatore non intervenga a dettare la nuova disciplina invocata dalla Corte (Pezzini, Bianchi, Brunelli).

La Corte avrebbe cioè realizzato una sorta di inversione della posizione del legislatore: con la [sent. n. 138](#) spettava a lui decidere “i tempi e modi” di intervento, mentre la [n. 170](#), preso atto della perdurante inerzia, avrebbe realizzato immediatamente l’effetto, essendo a carico del legislatore intervenire per disciplinare diversamente la materia, seguendo il principio fissato dalla Corte.

La soluzione appare assai ingegnosa e senza dubbio condivisibile nei risultati, ma rischia di far dire alla Corte qualcosa che non solo non ha detto, ma che ha addirittura escluso. Il risultato infatti sarebbe quello di “rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l’art. 29 Cost.”.

Giunti alla conclusione di queste brevi osservazioni, pare necessario esprimere qualche considerazione riguardo alla decisione che dovranno prendere, a seguito della pronuncia in esame, il giudice *a quo* e gli altri giudici, i quali certamente non sono in questo aiutati dal Giudice costituzionale.

Per il giudice come noto, a differenza di quanto accade per il legislatore, non esiste la possibilità del *non liquet*, ma sussiste al contrario l’obbligo di decidere e, non essendo possibile una sospensione del giudizio *a quo* in attesa dell’intervento del legislatore (Biondi), le ipotesi si riducono a due.

La prima è quella per cui il giudice, rilevando che la Corte ha dichiarato la incostituzionalità di una omissione del legislatore “pura e semplice” e non anche quella delle norme impugnate, applica queste ultime, dichiarando quindi sciolto il matrimonio.

La seconda invece è quella di ritenere, sulla base del dispositivo, incostituzionali gli art. 2 e 4 l. 164/82 e quindi inapplicabili ai sensi dell’art. 30 l. 87/53 e pertanto valido ed efficace il matrimonio, ottenendo però proprio quel risultato ritenuto (in motivazione) contrario all’art. 29 Cost.

Se dovessi esprimermi con il cuore sarei decisamente per la seconda soluzione, mentre con la mente sento di dovermi esprimere per la prima.

Le ragioni della incertezza derivano, a mio avviso, dalla novità della scelta della Corte, vale a dire quella di ritenersi competente a giudicare, e quindi anche dichiarare incostituzionale, la “pura e semplice” omissione del legislatore, con tutte le conseguenze che da questo discendono, anche per il futuro.

Per quando adesso ci interessa una prima conseguenza è proprio quella della efficacia delle pronunce di incostituzionalità, la cui disciplina ha tenuto a base l’ipotesi in cui oggetto della questione sia una norma e non una omissione “pura e semplice” del legislatore.

Per questo è normale che di fronte ad un oggetto “nuovo”, diverso da quello previsto, anche le regole sulla efficacia della dichiarazione di incostituzionalità non sono più idonee a disciplinarlo, né è pensabile di scaricare sul giudice la creazione di una diversa regolamentazione.

Casi come questi mostrano come l’anima creativa e quindi “politica” della Corte stia decisamente prendendo la supremazia su quella giurisdizionale (rinvio alle mie osservazioni su queste colonne a proposito della [sent. n. 1 del 2014](#)), ma il successo e la legittimazione del Giudice nel sistema è dovuto soprattutto al felice raccordo (“circuitto virtuoso”, secondo l’espressione di Dogliani) che essa ha negli anni realizzato con i giudici comuni, alla cui attività dovrebbe pertanto prestare una maggiore attenzione allorché sembra, pur giustamente, preoccuparsi del proprio ruolo politico.