

Antonio Ruggeri

**Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità
(a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro *ex* coniugi,
secondo [Corte cost. n. 170 del 2014](#))**

Giustizia è fatta! In una decisione nel merito salomonica ma raggiunta – come si vedrà – a mezzo di un uso alquanto disinvolto delle tecniche decisorie, la Consulta oggi riconosce il diritto costituzionale dei soggetti già coniugati, uno dei quali abbia mutato sesso (con conseguente rettifica dello stato civile), a vedere tutelata la propria originale condizione di coppia, senza perciò trovarsi costretti a subire, oltre alla perdita dello *status* coniugale, lo smarrimento della propria identità.

La questione è nota e non occorre qui riprenderla neppure in sunto. Mi preme in questa sede specificamente intrattenermi solo su un punto tra i molti che pure meriterebbero di essere adeguatamente vagliati; e, per metterlo a fuoco, procederò ad un esame per vie “parallele” – se così posso dire – del quadro risultante a seguito della odierna pronunzia con quello disegnato dalla nota [sent. n. 138 del 2010](#), a riguardo della condizione delle persone dello stesso sesso che vantino la pretesa ad accedere alle nozze. La qual cosa trova, peraltro, mi pare giustificazione nel fatto che la stessa Corte iscrive la decisione di oggi proprio nella cornice teorica delineata nel 2010.

Nell'un caso, la richiesta di annullamento avanzata da soggetti dello stesso sesso nei riguardi della disciplina codicistica che rimanda la definizione di “famiglia”, nella sua ristretta e propria accezione, al paradigma eterosessuale è stata seccamente respinta con l'argomento che il paradigma stesso è l'unico consentito dall'art. 29 della Costituzione. La disciplina suddetta – sta scritto nella decisione del 2010 – non soltanto non viola il dettato costituzionale ma è appunto la sola da questo consentita, per ciò che attiene alla struttura soggettiva della famiglia. La Corte, poi, conclude il suo argomentare sollecitando il legislatore a far luogo ad *altra* disciplina positiva che dia modo anche alle persone di orientamento omosessuale di vedere finalmente appagate le loro aspettative e salvaguardata, perciò, la loro dignità.

Nel caso odierno, sempre assumendo come indisponibile il carattere eterosessuale della coppia coniugata, la Corte riconosce non essere, nella sostanza, contraria a Costituzione la normativa che porta all'effetto dell'automatico scioglimento del matrimonio tra soggetti

ormai divenuti dello stesso sesso, tanto da farsi cura di precisare che alla persona che abbia mutato sesso non è inibito contrarre matrimonio con altra persona del suo stesso sesso originario. Ciò nonostante, la normativa è caducata a mezzo di una pronunzia additiva di principio che rimanda a legge futura per i suoi conseguenti svolgimenti normativi, in vista del compiuto appagamento delle aspettative nutrite da coloro che sono ormai da considerare a tutti gli effetti *ex coniugi*.

Solo un paio di notazioni essenziali, con riserva di maggiori approfondimenti altrove.

La prima.

Non si vede alcuna differenza tra i due casi ora posti a raffronto, non potendosi ammettere né l'iniziale avvio di un'esperienza matrimoniale né la sua prosecuzione, una volta che sussista *ab initio* ovvero sopravvenga una causa di rottura del paradigma eterosessuale. Le tecniche decisorie per far valere il rispetto di quest'ultimo sono, però, addirittura rovesciate: nell'un caso una pronunzia di rigetto con monito, nell'altro un'additiva. Non è – come si sa – una novità; e, tuttavia, questo uso fungibile degli strumenti decisorii in relazione a vicende processuali dai non dissimili caratteri complessivi solleva non poche perplessità, quali peraltro si hanno ogni qual volta la Corte rende imprevedibile l'esito del giudizio di costituzionalità e si discosti (al piano processuale, appunto) dai precedenti, per ciò solo venendo meno al compito di cui è istituzionalmente gravata di somministrare certezze di diritto costituzionale e di diritti costituzionali (maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, possono, se si vuole, aversi dal mio [Gli “effetti politici” delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi](#), in [Consulta OnLine](#), 2014 11 giugno 2014, spec. al § 3, ma *passim*).

C'è un modo abbastanza sicuro per avere conferma del fatto che le cose stanno davvero così come sono qui, sia pure sommariamente, raffigurate.

C'è differenza – dobbiamo chiederci – tra una pronunzia di rigetto, accompagnata da un monito più o meno vigoroso e pressante rivolto al legislatore a far luogo ad una disciplina idonea a dare appagamento alle aspettative dei soggetti, ed un'additiva di principio, quale quella adottata in relazione alla questione oggi sottoposta a giudizio?

È chiaro che, in via di principio, i due casi vanno tenuti distinti, se non altro al piano degli effetti prodotti dalle decisioni della Corte. Mettiamoci però dal punto di vista dei soggetti che

hanno rivolto la loro domanda di giustizia, dapprima al giudice comune e quindi al giudice delle leggi e chiediamoci: cosa cambia, a conti fatti, nei due casi? Qual è, cioè, la consistenza effettiva e – ciò che più conta – attuale della tutela?

E, invero, senza l'intervento riparatore del legislatore, i diritti costituzionali dei soggetti rimangono comunque "scoperti". Le coppie composte da persone dello stesso sesso attendono ancora oggi quella disciplina legislativa la cui adozione è stata vigorosamente sollecitata nel 2010; ed anche le coppie composte da *ex* coniugi, uno dei quali abbia mutato sesso, non vedono in alcun modo tutelata la loro condizione in mancanza di una legge che a ciò adeguatamente provveda. Diversamente da ciò che accade in presenza di altre additive di principio, nella odierna vicenda è infatti fuori discussione che il principio somministrato dalla Corte non si presta ad essere per l'istante tradotto in regole, ancorché solo a titolo precario, "sussidiariamente" prodotte dal giudice comune, in attesa della organica e compiuta disciplina vagheggiata dalla Corte.

Cosa cambia, allora, nei due casi? Certo, si potrebbe ragionare, così come si è in via generale fatto, nel senso che dall'additiva di principio discenda a carico del legislatore un vincolo giuridico di *facere* che non sarebbe astrattamente configurabile in relazione ai moniti contenuti in pronunzie di rigetto. In disparte però la circostanza che molte volte in seno alle pronunzie in parola la stessa Corte risolutamente dichiara esser *doveroso* l'intervento del legislatore, sta di fatto che avverso le omissioni assolute dell'autore delle leggi non c'è – piaccia o no – rimedio che valga. Né gioverebbe opporre, così come si è fatto per casi però diversi da questo, che il giudice può dare subito concretezza ed effettività al diritto costituzionale indebitamente trascurato dal legislatore, dal momento che qui, pur con tutta la buona volontà (e con un volo pindarico di fantasia), non è in alcun modo possibile disegnare *ex nihilo*, in sede giudiziaria, i lineamenti di una disciplina positiva che è tutta da inventare e la cui determinazione resta pur sempre ed esclusivamente rimessa – come la stessa decisione si fa cura di precisare – alla discrezionalità del legislatore.

Diciamo allora che l'additiva di principio può tutt'al più esprimere una carica di *persuasività* maggiore di quella racchiusa in una decisione di rigetto con monito: nei fatti, però, il quadro normativo di risulta non muta.

Si può allora concludere nel senso che si è qui assistito ad un uso gratuitamente diversificato degli strumenti decisorii in relazione a "situazioni normative" non dissimili?

Lascio inevasa la domanda (per quanto il mio orientamento mi sembra traspaia con chiarezza da quanto sono venuto dicendo), limitandomi solo a rilevare come la decisione *de qua* s'inscriva in un quadro segnato da un forte attivismo della Consulta (specie ma non solo) su questioni eticamente sensibili in genere e di diritto di famiglia in ispecie, di cui in breve torno di tempo il giudice costituzionale ha reso – come si sa – numerose e convergenti testimonianze (e basti, al riguardo, far qui menzione della decisione sulla eterologa, di un paio di giorni soltanto precedente quella ora annotata).

Questo *pressing* a difesa dei diritti può essere, com'è stato, inteso in molti modi, caricandosi da parte di taluno di inusuali (e, a mia opinione, indebite) valenze le decisioni man mano adottate, fatte non di rado oggetto di forzata generalizzazione, assumendosi cioè che la Corte stia pian piano scavando un solco lungo il quale potrà, in un futuro non lontano, fluire un indirizzo giurisprudenziale scopertamente volto a riconoscere il carattere “plurale” dell'istituto familiare, la sua duttile struttura, suscettibile di prestarsi a dilatate applicazioni, sì da dare accoglienza ed appagamento alle aspettative più varie manifestate da coppie parimenti varie per composizione ed orientamento sessuale. Nulla di tutto ciò, però, a me pare che possa desumersi dagli argomenti addotti dal giudice delle leggi, che è anzi fermo nel qualificare come indisponibile il paradigma eterosessuale di famiglia, allo stesso tempo evidenziando come casi peculiari (e peculiarissimo è quello di oggi) richiedano di essere trattati in modo parimenti tipico, senza che dalla disciplina riservata all'uno (e, segnatamente, al caso di coppia coniugata) possano trarsi indicazioni vevoli per casi ad ogni buon conto diversi.

Così, per concludere con riferimento alla nostra vicenda, nulla qui ci vien detto dalla Corte in relazione ai contenuti della futura disciplina, al di fuori della indicazione di ordine metodico, secondo cui la stessa deve comunque rivelarsi congrua rispetto all'originalissimo caso preso in esame. La qual cosa, con ogni verosimiglianza, significa che il regime delle coppie di fatto – omosessuali o eterosessuali che siano –, quale risulterà dopo che si sarà finalmente dato seguito alla sollecitazione contenuta nella [sent. n. 138 del 2010](#), legittimamente potrà (e, anzi, dovrà) essere diverso da quello della nuova coppia costituita dagli *ex* coniugi a seguito del mutamento di sesso di uno dei due e del conseguente scioglimento del loro vincolo matrimoniale. Un esito, questo, avvalorato dall'esplicito riconoscimento fatto dalla decisione odierna al “pregresso vissuto” dai soggetti stessi in un

contesto in cui la coppia “ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale” (p. 5.1 del *cons. in dir.*).

Insomma, accanto alla *famiglia* in senso stretto (o strettissimo), quale definita nell’art. 29 cost., nella interpretazione datane dalla Corte, avremo delle unioni “*parafamiliari*”, composte da soggetti (omosessuali o eterosessuali che siano) che non abbiano avuto un “pregresso vissuto” familiare, quale quello caratterizzante i soggetti protagonisti della odierna vicenda, e, ancora distinta da tali unioni, una speciale (o specialissima) formazione sociale che potremmo chiamare “*quasi familiare*” (o “*familiare*” *minus quam perfecta*), risultante dai soggetti stessi.

È il canone della ragionevolezza, in una delle sue più qualificanti espressioni, vale a dire quale congruità della norma rispetto al “fatto”, a sollecitare l’adozione di misure legislative peculiari per ciascuno di questi gruppi sociali: un canone che – come si vede – proprio sul terreno delle questioni eticamente sensibili in genere e di quelle di “diritto familiare” (in larga accezione), prima e più ancora che in altri campi, ha bisogno di ricevere diffusi e probanti riscontri. Certo, alla inusuale formazione sociale cui la Corte oggi offre, giustamente, tutela ben si addice una disciplina positiva assai simile a quella che è propria dell’istituto familiare; e, tuttavia, non in tutto e per tutto identica a quest’ultima, altrimenti l’operazione di scioglimento del matrimonio si rivelerebbe meramente di facciata o, diciamo pure, un’autentica beffa, una frode al dettato costituzionale che vuole riservata alla famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, il regime che ad essa esclusivamente compete. *Mutatis mutandis*, il trattamento dato alla nuova comunità familiare non potrà essere, come si diceva, appieno sovrapponibile a quello che sarà – si spera, tra non molto – dato alle unioni, tanto tra persone dello stesso sesso che tra persone di sesso diverso, che non hanno il “pregresso vissuto” dalla coppia cui specificamente si dirige la pronuncia qui annotata.

Ragionevolezza e pluralità delle discipline, dunque, ciascuna adeguata alla situazione di fatto cui si riferisce e confezionata a mo’ dei vestiti su misura fatti per soggetti dalla diversa struttura corporea. Una ragionevolezza, nondimeno, bisognosa di rispecchiarsi nella uniformità e linearità degli indirizzi giurisprudenziali che sono chiamati ad alimentarla e sorreggerla e, dunque, delle tecniche decisorie di cui essi si avvalgono al fine di potersi affermare e radicare nel terreno sociale.

Per tornare alla nostra pronunzia, vista in rapporto con quelle che l'hanno preceduta (e, sopra ogni altra, come si è veduto, la [138 del 2010](#)), non basta, insomma, una giustizia giusta *nella sostanza*; occorre che essa risulti costantemente giusta anche *nelle forme processuali*, presentandosi in vesti immutate in relazione a vicende processuali dai caratteri complessivamente non dissimili e in vesti diverse per vicende parimenti diverse.