

SOAMES, *Philosophical Essays. 1: Natural language: What it Means and How We Use It*, Princeton University Press, Princeton (N.J.), 2009, pp. 403-424.

SOAMES S., *Deferentialism: A Post-Originalist Theory of Legal Interpretation*, in *Fordham Law Review*, 82 (2), 2013, pp. 597-617.

Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto

Barbara Pezzini

SOMMARIO: 1. Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto. – 2. Una considerazione preliminare: il genere come categoria analitica. – 2.1. Una seconda considerazione preliminare: le questioni di genere come strutture profonde dell'identità personale. – 3. Tra natura e diritto, tra impliciti e regole giuridiche della costruzione del genere. – 4. Un caso esemplare: la costruzione del genere tra natura e diritto (quando il diritto diventa necessario per esplicitare ciò che si pretende essere implicito). – 5. Il diritto costruisce il genere, ma il genere costruisce il diritto. – 6. Circolarità tra impliciti di genere e costruzione giuridica del genere nel nostro presente (a proposito del paradigma eterosessuale del matrimonio). – 7. Il caso del divorzio imposto dopo la rettificazione di sesso: quanto è ancora rigido, dopo la sentenza 138/2010, il nesso tra matrimonio e paradigma eterosessuale? – 8. La questione del divorzio imposto nel quadro della costruzione giuridica di *sex-gender system* e dualismo sessuale. – 9. Di cosa parliamo quando parliamo di unità familiare? – 9.1. L'unità familiare alla prova dell'adulterio (1961-1969). – 10. Postilla di aggiornamento: la sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale.

ABSTRACT: *The building of masculine and feminine is a social processing of the differences between the two sexes, also performed as a legal construction. The essay investigates how "law builds gender" as well as "gender builds law". On the one hand, gender rules shape the law implicitly, as far as they are supposed or considered to be "natural"; on the other hand, when the "nature" appears not to work, statutes and court judgments are needed in order to create or to reinforce gender rules (gender rules are disclosed by the law).*

The issue is dealt with by means of three case studies: the judgments that denied women to vote in 1906; the development of the notion of the "unity of the family", according to Art. 29 of the Italian Constitution and in special reference to the Constitutional Court rulings on adultery, between 1961 and 1969; the case of the continuation of the marriage after the gender reassignment of one of the spouses and the question on the constitutionality of the ex lege divorce imposed by law no. 164/1982, decided by the Constitutional Court in 2014.

1. *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*

Affermando che “*il genere costruisce il diritto, il diritto costruisce il genere*”¹ intendo sottolineare l’incessante rapporto circolare attraverso il quale, come nella *costruzione del diritto* operano, in tutti i formanti giuridici, strutture implicite riferite al genere, così nella *costruzione del genere* agisce pesantemente il diritto.

Ciò ci permette di vedere come le strutture di genere che influenzano la costruzione del diritto operano in modo specifico come implicito, proprio in quanto hanno a che fare con le forme della costruzione sociale del genere: le strutture di genere, infatti, vengono implicitamente incorporate nel diritto in quanto si pretende che siano “naturali”; è l’appartenenza alla sfera della natura che consente di riferirsi ad esse implicitamente ed è l’appartenenza alla struttura di genere che consente di darle per scontate, per presupposte, per “naturali”.

Un’operazione per cui l’implicito di genere è anche naturalizzazione ed essenzializzazione del sesso / genere.

D’altra parte, il diritto agisce, a sua volta, nella costruzione del genere svelando e rovesciando l’implicito. Nella circolarità del rapporto tra genere e diritto, si danno e si rendono evidenti momenti in cui ciò che prima era inteso, implicito, senza essere detto, viene reso esplicito. È quanto osserviamo in determinati momenti di ridefinizione delle regole di genere (intendendo le regole in senso lato, vale a dire tutte le regole sociali che contribuiscono a definire il genere); una prescrizione rivolta a conformare e costruire il genere viene resa necessariamente esplicita, in quanto viene veicolata in un formante giuridico: ciò avviene quando non basta “implicare” quel contenuto, in quanto si tratta di una regola che non è più, o non è ancora, sufficientemente condivisa.

L’attenzione si rivolge, così, al momento in cui la comunicazione in un certo senso si “spezza”, perché *parlante* (testo normativo parlante) e *destinatario* non condividono l’implicatura di genere: è qui che si mostra l’incessante circolarità del processo.

Inoltre, c’è nell’implicare un intendere senza dire, un intendere *altro*, diverso dal detto esplicito.

Ricerca quello che nell’implicito di genere sarebbe “indicibile” può diventare, in questa chiave, un terreno di ricerca e di riflessione particolarmente interessante: non solo per identificare quando venga meno la possibilità di dire apertamente un contenuto che viene trasmesso e veicolato da un mezzo pre- o extra- giuridico (in particolare mediante l’evocazione della natura oppure della tradizione), ma anche per ricostruire quali siano le ragioni della “indicibilità” o della “dissimulazione”.

¹ B. PEZZINI (a cura di), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere, Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, vol. II, *Lezioni, Casi, Materiali*, Bergamo University Press, Bergamo, 2012.

2. *Una considerazione preliminare: il genere come categoria analitica*

Parlare di differenze di genere significa immediatamente qualcosa di più che l’attenzione alla differenza tra i sessi, implica assumere una prospettiva analitica sulla differenza e sulla relazione tra i sessi.

Utilizzo il termine *genere* per indicare i ruoli sociali, la posizione, le aspettative e le possibilità che vengono socialmente associate e connesse all’appartenenza all’uno o all’altro sesso, per come si è consolidato nell’uso nelle scienze sociali a partire dalla metà degli anni ’70 del secolo scorso, come traduzione del termine inglese *gender*, del quale, tuttavia, non riesce altrettanto bene a veicolare, nella lingua italiana, l’immediatezza e la specificità del riferimento alla dicotomia *maschile/femminile*: in questo senso il *genere* è un codice analitico *binario e relazionale* che serve a comprendere i processi, i comportamenti, i rapporti che organizzano la divisione dei compiti tra uomini e donne e che li differenziano.

Ma il genere, oltre che binario e relazionale, è un codice che restituisce una relazione *gerarchica*: la costruzione dei *generi maschile e femminile* è frutto dell’elaborazione sociale delle differenze tra i sessi; le differenze tra i sessi hanno determinato e determinano relazioni sociali imperniate sulla differenza e, a loro volta, tali relazioni sociali riproducono le differenze nelle relazioni sociali, agendo una struttura di potere attraverso i processi sociali che restituiscono la differenza come una coppia gerarchica che subordina: le differenze si traducono in subordinazione, discriminazione, stigmatizzazione.

Il *genere* è il criterio analitico in grado di sussumere entrambi i sessi, che riconosce tutte le dimensioni dell’appartenenza di sesso in cui una serie di caratteristiche condivise – e qui trovano posto gli *impliciti* di genere – e di imposizioni sociali – tra cui in modo specifico le regole giuridiche di accesso e titolarità – possono comportare disparità di accesso e di possibilità rispetto all’esercizio effettivo dei diritti ed ai requisiti di possibilità di uguaglianza effettiva e di effettivo sviluppo della personalità.

La costruzione del genere è un’operazione socialmente determinata, i cui contenuti sono non solo socialmente variabili, ma costantemente «rinegoziabili»; pertanto, il diritto “costruisce il genere” agendo in una dimensione necessariamente mobile e dinamica, che richiede la costante ri-definizione del genere e dei rapporti di genere, sfuggendo al rischio di isolare le caratteristiche associate al genere in una statica dimensione essenzialistica o naturalistica.

2.1. *Una seconda considerazione preliminare: le questioni di genere come strutture profonde dell’identità personale*

Le *questioni di genere* prospettano casi che, di per sé e molto oltre la soglia della piena consapevolezza di ciascuno/a, toccano in noi le corde più profonde dell’e-

sperienza di vita: rimandano a tutte le immagini che associamo alla famiglia, ai nodi dell'affetto, delle radici, dell'amore, del sesso, allo sguardo che proiettiamo sul futuro, alle esperienze – positive e negative – di gratuità e dono tipicamente associabili ai rapporti affettivi e familiari.

Quindi, muovono e mettono in circolo gli archetipi culturali che definiscono le relazioni interpersonali primarie (sessuali, affettive, familiari) e le strutture profonde della nostra identità personale e che sono profondamente – e spesso inconsapevolmente – radicati in tutti/e noi.

Tutte le questioni che mettono in discussione le aspettative sociali di gerarchia e/o complementarità tra maschile e femminile, come (e tanto più) quelle che sfidano lo stesso dualismo come regola fondativa e unica del genere, aprono interrogativi che ci pongono a confronto con i nodi strutturanti e più intimi della nostra identità personale, di quella di ciascuno e ciascuna di noi. Ad interrogare il diritto su questo sfondo di questioni intime e cruciali dell'esistenza, non è solo il *mestiere di vivere*² dei protagonisti / delle protagoniste dei casi di volta in volta esaminati, ma è il mestiere di vivere di ciascuno e ciascuna di noi, che viene interpellato, qualsiasi sia il nostro ruolo di fronte al caso: interprete qualificato da un ruolo giurisdizionale o dottrinale, ma anche lettore o lettrice, spettatore o spettatrice.

È ciò che rende la riflessione del giurista spesso più "faticosa" di fronte alle questioni di genere di quanto non sia in altri ambiti, perché meno soccorre il giurista la possibilità di astrarre dal caso attraverso i formanti giuridici del proprio ragionamento; frammenti dell'identità individuale di ciascuno riaffiorano prepotentemente – ancorché poco consapevolmente – nel selezionare opzioni e possibilità: la *pre-comprensione* dell'interprete ha, in questi casi e su questi temi, un ruolo mediamente più significativo, al quale dobbiamo, corrispondentemente, più attenzione.

3. Tra natura e diritto, tra impliciti e regole giuridiche della costruzione del genere

Per argomentare sulla tesi della circolarità del rapporto tra genere e diritto utilizzerò tre casi (o blocchi di casi): muovendo dal passato remoto (la mobilitazione per l'iscrizione delle donne nelle liste elettorali nel 1906) per giungere sino al presente (una questione pendente di costituzionalità relativa alla stabilità del matrimonio tra due persone divenute dello stesso sesso a seguito della rettificazione di sesso di uno dei coniugi), passando per il passato prossimo (considerando negli anni '60 un momento significativo di mutamento degli indirizzi della giurisprudenza costituzionale in tema di uguaglianza di genere).

² L'espressione deriva dalla giurisprudenza costituzionale italiana sulla riconoscibilità dei figli nati da rapporti incestuosi (sentenza n. 494/2002).

La riflessione sui casi consente di riflettere su una pluralità di elementi: su come il genere costruisce il diritto; sull'identificazione dei momenti di rottura (quando l'implicito non è più condiviso); sul ruolo del diritto per costruire il genere (nel senso della necessità di rendere esplicito ciò che prima era implicito, ma anche di imprimere una direzione specifica alla costruzione del genere).

4. Un caso esemplare: la costruzione del genere tra natura e diritto (quando il diritto diventa necessario per esplicitare ciò che si pretende essere implicito)

Ad illustrare l'assunto "il genere costruisce il diritto, il diritto costruisce il genere" utilizzo, innanzitutto, il caso del 1906 come momento di "disvelamento" del meccanismo di un implicito che non è più condiviso: si tratta, infatti, di una vicenda³ che ci racconta davvero esemplarmente come la discriminazione di genere abbia ricevuto un trattamento peculiare rispetto alle altre discriminazioni, procedendo implicitamente da un pregiudizio *pre- e meta- giuridico* che è si rivelato affatto particolare⁴.

È necessario ricordare brevemente che, benché lo Statuto albertino affermasse l'uguaglianza di "tutti i regnicoli" davanti alla legge⁵, in materia elettorale la legge aveva imposto la limitazione del suffragio: dapprima escludendo dalla cittadinanza politica attiva tutti coloro che non possedevano i requisiti di età (25 anni), di istruzione (alfabetismo), di censo (40 lire) da essa stessa previsti e successivamente includendo progressivamente i cittadini maschi in base a requisiti meno restrittivi, sino alla completa abolizione dei requisiti di censo ed istruzione per tutti coloro che avessero superato i 30 anni (suffragio universale maschile, cui si giungerà nel 1911).

Nel medesimo arco temporale, erano, invece, falliti tutti i tentativi di inclusione nei confronti delle "regnicole": una prima proposta di legge presentata da Salvatore Morelli nel 1867 non era stata neppure ammessa alla lettura⁶; la relazione della

³ R. ROMANELLI, *Circa l'ammissibilità delle donne al suffragio politico nell'Italia liberale. Le sentenze pronunciate dalla magistratura nel 1905-1907*, in *Laboratorio di storia. Studi in onore di Claudio Pavone*, a cura di P. PEZZINO, G. RANZATO, Franco Angeli, Milano, 1994, p. 127.

⁴ B. PEZZINI, *Costruzione del genere e costituzione*, in B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole. Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, vol. I, Studi, Bergamo University Press, Bergamo 2012, p. 37 s.

⁵ Art. 24: «Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalle leggi».

⁶ Il progetto di legge era intitolato «Abolizione della schiavitù domestica con la reintegrazione giuridica della donna accordando alle donne i diritti civili e politici» e attribuiva il diritto di voto in-

commissione Zanardelli per la riforma della legge elettorale del 1880, pur riconoscendo il valore della petizione promossa da Anna Maria Mozzoni e la legittimità giuridica della richiesta di voto alle donne, aveva ribadito l'inopportunità del suffragio femminile con argomentazioni che rimandano alla speciale missione domestica della donna e alle sue *naturali virtù* – tenerezza e passionalità, sentimento e generosità – incompatibili con i forti doveri *razionali* della vita civica; per finire con il dibattito parlamentare del 1912, nel quale la Camera aveva respinto la concessione del voto alle donne con 209 contrari, 48 a favore e 6 astenuti.

È cruciale rilevare che donne risultavano discriminate *implicitamente*, senza che la legislazione all'epoca vigente pronunziasse in modo espresso l'esclusione del sesso femminile ovvero affermasse esplicitamente il sesso maschile come requisito positivo per l'elettorato attivo: ed è proprio facendo leva su questa assenza di norme che nel 1906, Maria Montessori si fa promotrice di un appello rivolto alle donne perché chiedessero di iscriversi alle liste elettorali.

Alcune Commissioni provinciali accolgono l'iscrizione e, dalla vicenda, nascono vertenze giudiziarie, risolte dall'assoluta maggioranza delle Corti d'appello con pronunce che ribadiscono il divieto. Fa eccezione la sola Corte d'appello di Ancona, con una storica sentenza redatta dal presidente Ludovico Mortara.

In tale sentenza, diversi ordini di argomentazioni convergono nell'affermare che le donne sono comprese dall'art. 24 dello Statuto tra "tutti i regnicoli" proclamati "uguali dinanzi alla legge": innanzitutto, la sentenza di Ancona richiama l'art. 25 (secondo il quale tutti i regnicoli contribuiscono indistintamente nella proporzione dei loro averi ai carichi dello Stato), evidenziando come non si sia mai dubitato del fatto che le donne, al pari degli uomini, debbano contribuire al fisco in proporzione dei loro averi; in secondo luogo, afferma che i diritti di libertà individuale, di manifestazione del pensiero e di riunione, in quanto diritti fondamentali garantiti dallo Statuto, rappresentano diritti essenzialmente *politici* già riconosciuti anche alle donne, le quali, pertanto, non potrebbero essere escluse da altro diverso diritto politico – quale il diritto di voto – se non per volontà espressa del legislatore; infine, aggiunge il criterio ermeneutico fondamentale per cui, trattandosi di determinare l'estensione di un diritto politico, in caso di dubbio sull'intenzione del legislatore la questione va risolta nel senso della libertà.

La sentenza di Ancona cade però sotto i colpi della Corte di cassazione: ed, ancora una volta, sono le argomentazioni giuridiche ad offrire spunti importanti di riflessione. Di fronte alle rigorose e articolate argomentazioni giuridiche sviluppate da Mortara nella sentenza di Corte d'appello, la linea di ragionamento della Cassazione è estremamente semplice: si limita ad invocare la forza del principio *presupposto* dell'estraneità delle donne a qualsiasi carica e funzione attinente alla vita po-

sieme alla generalità dei diritti civili e politici: art. 1: «La donna italiana può esercitare tutti i diritti che le leggi riconoscono ai cittadini del regno».

litica dello Stato; si tratterebbe, infatti, di un principio talmente forte ed auto-evidente, secondo la Suprema Corte, "che non si è sentito neppure il bisogno di dichiararlo espressamente".

Emerge con tutta evidenza quanto il pregiudizio di genere ed un preconcetto marcatamente sessista segnino l'interpretazione e l'applicazione della legge in questa vicenda.

Si tratta di un vero e proprio *pre-giudizio*, che pretende di confinare la discriminazione *nella sfera pre-giuridica* della natura, in una dimensione in cui il diritto *apparentemente* non interviene: la differenza tra donne e uomini sarebbe tale *in natura* ed il diritto si limiterebbe a recepirlo.

Ma l'azione suffragista condotta dalle donne che avevano raccolto l'appello di Maria Montessori ha sfidato e messo in discussione proprio quella pretesa di separazione tra natura e diritto, che avrebbe dovuto consentire al diritto di conservare la propria "neutralità" e "universalità", e nella vicenda del 1906, si mostrano evidenti due contraddizioni.

Innanzitutto, le richieste di iscrizione nelle liste elettorali rivelano che l'esclusione delle donne dal diritto di voto è tanto poco "naturale" che si affacciano sulla scena donne che non accettano la propria "natura": le donne che hanno chiesto l'iscrizione nelle liste elettorali sono soggetti politici non più disposti ad acconsentire alla propria discriminazione e a subire volontariamente la propria esclusione politica.

Inoltre, non è la natura ad escludere le donne dal voto.

L'ordinamento giuridico deve rendere esplicita la discriminazione, che si realizza e può operare solo per il tramite della forza della sentenza e per questo solo fatto l'esclusione delle donne dal voto cessa di essere una differenza naturale, per divenire a tutti gli effetti una *discriminazione giuridica* (un prodotto, un effetto giuridico, prodotto mediante strumenti tipicamente giuridici, quali sono le sentenze).

L'implicito cessa di essere condiviso e deve farsi esplicito (essere espresso in forma giuridica).

È sufficiente l'esistenza di una sola sentenza divergente per mostrare come, per produrre e mantenere l'esclusione delle donne dalla cittadinanza politica, sia necessario un *ordinamento giuridico* e non basti un preteso *ordine naturale delle cose*. La dialettica di posizioni che si manifesta nella successione di pronunce giurisprudenziali variamente orientate (secondo quella che è la funzione della giurisprudenza, di consentire al pluralismo di esprimersi) squarcia il velo che copriva la discriminazione; come il bambino che nella favola rivela che "il Re è nudo", l'unica ed isolata sentenza della Corte d'appello di Ancona afferma la verità indicibile: non la natura, ma il diritto priva le donne del diritto fondamentale politico di voto.

5. Il diritto costruisce il genere, ma il genere costruisce il diritto

L'impatto e la memoria di questa vicenda ci aiutano a trovare un contesto in cui collocare l'altrimenti paradossale formulazione degli artt. 48 e 51 nella Costituzione-

ne repubblicana; questi articoli, infatti, specificano testualmente che la titolarità dei diritti di elettorato attivo e passivo spetta, rispettivamente, a “uomini e donne” (art. 48) e ai cittadini “dell’uno o dell’altro sesso” (51), con un sovraccarico testuale che non compare in nessuno degli altri articoli che attribuiscono diritti.

La vicenda del 1906 mostra assai bene le modalità e l’intensità con la quale il rapporto di genere definisce l’orientamento della interpretazione giudiziaria, incidendo in forme peculiari e con un rilievo ben maggiore di quanto non sia ordinario nell’attività di interpretazione delle disposizioni, che pure è sempre, fisiologicamente, influenzata dal contesto sociale e che è debitrice al contesto sociale del significato che attribuisce alle “parole della legge”.

Nei primi del Novecento, le leggi elettorali risultavano formulate come proposizioni di per sé neutre rispetto al sesso, seguendo l’uso della grammatica italiana che assume il maschile come genere grammaticale potenzialmente comprensivo del riferimento a termini femminili ed in assenza di ogni più specifico riferimento o collegamento esplicito al sesso dei titolari del diritto di voto, sia in senso positivo (requisito) o negativo (limitazione). Tuttavia, esse vengono interpretate, come abbiamo visto, a partire dall’*inferiorità* della donna: inferiorità *socialmente* e storicamente determinata, ma presentata come *naturale*; solo dopo essere state così interpretate (e solo in quanto sono state così interpretate) le leggi elettorali sanciscono l’estraneità della donna dalla sfera politica, costruendo il genere femminile come discriminato rispetto all’accesso ai diritti politici.

La struttura di genere della società – la posizione di subordinazione ed inferiorità della donna rispetto all’uomo e l’ordinamento patriarcale dell’intera struttura sociale – viene assunta come una premessa logica, ancorché implicita, della norma e della sua formulazione letterale e, contemporaneamente, viene dissimulata dietro alla affermata naturalità di una discriminazione, che invece è corposamente *creata e alimentata incessantemente anche dal diritto*. L’ordinamento sembra restare del tutto indifferente alle macroscopiche contraddizioni che si aprono all’interno del sistema giuridico e non spiega, ad esempio, perché un tale *a-priori* dell’interpretazione (l’*inferiorità naturale* della donna) debba operare sul terreno dei diritti politici di voto delle donne, ma non sul terreno dei doveri (politici) di solidarietà economica.

La consapevolezza di quanto il pregiudizio avesse in precedenza condizionato l’interpretazione del testo statutario può, allora, rendere ragione della formulazione degli artt. 48 e 51 Cost. L’enunciato normativo avrebbe “reagito” secondo l’ottica della “regolazione dei poteri temuti”, che costituisce la tecnica di base della garanzia costituzionale: la disposizione costituzionale viene costruita in modo da poter contrastare il ripetersi di sopraffazioni e/o discriminazioni *implicite* già note e lo può fare tanto più efficacemente quanto più note e sperimentate siano le modalità di esercizio del potere che si teme e che si vuole contrastare.

Nello stesso tempo, è proprio la *necessità* – storica, sociale e politica – di enfatizzare e ribadire il divieto di discriminazione nei confronti delle donne nell’ambito specifico dei diritti politici a sollecitare altre considerazioni.

L’influenza peculiare della condizione di genere sull’interpretazione delle norme resta una costante, come dimostrano la fatica ed il ritardo con cui la stessa Corte costituzionale perviene ad assumere ed applicare coerentemente quella prospettiva anti-discriminatoria ed anti-subordinazione nei confronti delle donne che la Costituzione impone⁷.

Ma la *resistenza* del pre-giudizio di genere emerge anche dalla specificazione dei due sessi negli artt. 48 e 51 Cost.; la presenza di questa formulazione finisce per proiettare una luce ambigua sui molti altri articoli in cui l’uso del maschile potrebbe essere inteso, in mancanza di analogo richiamo, come un vero e proprio requisito. La formulazione letterale espressa sembrerebbe aprire alla possibilità che le formulazioni linguistiche che usano il solo maschile vengano interrogate come testi “aperti”, rispetto ai quali si renderebbe necessario di volta in volta verificare se il maschile è usato come *genere grammaticale* o come *requisito*: usato come genere grammaticale – indicando l’insieme degli appartenenti ai due sessi, come avviene per regola grammaticale della lingua italiana – condurrebbe ad un’*interpretazione estensiva*, secondo la quale “cittadini” sta per “cittadini e cittadine” e, persino, “uomini” sta per “uomini e donne”; usato per individuare un requisito positivamente prescritto nei confronti dei soggetti considerati dalla norma, per identificare e circoscrivere la sfera dei titolari del diritto o dei destinatari degli obblighi, condurrebbe all’*interpretazione restrittiva* per cui “cittadini” sono solo quelli di sesso maschile e “tutti” sono solo gli uomini e non le donne.

L’ipotesi di una doppia valenza dell’uso del maschile negli articoli della Costituzione – se pure autorizzata, se non addirittura sollecitata, dall’esistenza delle disposizioni che del maschile “universale” non si accontentano, specificando il riferimento ad entrambi i sessi – resta paradossale.

Una volta che la Costituzione ha assunto l’uguaglianza formale e sostanziale (art. 3) come principio fondamentale, non c’è posto per ipotizzare alcuna ambiguità degli enunciati al maschile: il divieto di *discriminazioni in base al sesso* rende l’eventuale differenza di trattamento un’*eccezione* che potrebbe essere giustificata solo da esigenze stringenti e di rango costituzionale, con il corollario che la formulazione dell’eccezione non potrebbe avvenire “implicitamente” e per via solo interpretativa.

Va aggiunto che il divieto di *discriminazioni in base al sesso* (art. 3) non solo *impedisce l’interpretazione restrittiva* della formulazione grammaticale al maschile, ma rende anche assai poco persuasiva la spiegazione tradizionale della specificazione dei due sessi negli artt. 48 e 51, che considera questa formulazione una ripetizione pleonastica⁸, che ha lo scopo e la funzione di una sorta di *rafforzamento*

⁷ Il lento percorso di attuazione è stato più volte descritto; v. E. PALICI DI SUNI, *Tra parità e differenza. Dal voto alle donne alle quote elettorali*, Giappichelli, Torino, 2004; M. GIGANTE (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

⁸ A proposito dell’art. 48, v. T. MARTINES, *Art. 56*, in *Commentario Branca, Le Camere, Tomo I*, Zanichelli, in *Il Foro it.*, Bologna-Roma, 1984, p. 44, osserva che esso si limita a «rendere esplicita

del principio di uguaglianza, reso necessario dalla portata dell'innovazione al momento della sua entrata in vigore⁹: questa formula "insistita", proprio per il suo tenore letteralmente esplicito, avrebbe inteso produrre un'immediata abrogazione delle norme preesistenti secondo le quali l'appartenenza all'uno o all'altro sesso poteva essere richiesta come requisito di accesso alle cariche elettive ed agli uffici pubblici¹⁰. Una spiegazione che ci fornisce una lettura storica delle ragioni dei costituenti, ma non è sufficiente per costruire persuasivamente la ratio della norma.

Resta il fatto che la generalità degli articoli della Costituzione (con la sola eccezione del 37) e di tutte le altre fonti utilizza costantemente il genere maschile senza ulteriori richiami.

Di per sé, la specificazione contenuta negli artt. 48 e 51 Cost. rimarca la peculiarità della sfera politica rispetto al genere e lo strutturale paradosso dell'uguaglianza tra i sessi, che si riproduce con particolare persistenza. Le letture alternative proposte da chi¹¹, per rimuovere la contraddizione insita nella ridondanza della ri-

e a dare forma giuridica al principio (fondamentale) del suffragio universale, inteso nella sua massima latitudine, con quell'inciso: «uomini e donne», che vale a sottolineare (ma non ve n'era bisogno) che anche i cittadini di sesso femminile sono elettori.» D'altra parte, la sottovalutazione della dimensione di genere del problema traspare da un'osservazione di poco successiva, quando sostiene che, di fronte all'esistenza di stati in cui il suffragio è riservato agli uomini (e, dunque, non è veramente universale), si può discutere del "grado" di democraticità, non già metterne in discussione il carattere democratico.

Analogamente osserva U. POTOTSCHNIG, Art. 97 [e 51], Comm. Branca, La Pubblica Amministrazione, Zanichelli, in *Il Foro it.*, Bologna-Roma 1984, p. 367, che l'art. 51 «conserverebbe tutta la sua portata anche se quell'inciso non ci fosse, essendo pacifico e incontestabile che la regola dell'uguaglianza, in rapporto al sesso, si imporrebbe comunque».

⁹ Nel dibattito costituente si affermò che «una apposita solenne affermazione in quell'atto (la Costituzione), che è fonte dei diritti e dei doveri basilari dei cittadini» si sarebbe giustificata «per l'entità degli effetti che ne derivano»; v. seduta Prima Sottocommissione, 15 novembre 1946; l'Assemblea costituente aveva però respinto, nella seduta del 26 novembre 1947, l'emendamento che specificava che «Le donne hanno accesso a tutti gli ordini e gradi della magistratura», affidando al più debole strumento di un ordine del giorno approvato il giorno successivo il messaggio che «per quanto riguarda l'accesso della donna alla magistratura l'art. 48 [poi 51 nel testo definitivo] contiene le garanzie necessarie per la tutela di questo diritto»: sarà, infatti, necessario aspettare la legge n. 66/1963 per l'apertura alle donne di tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazioni di mansioni e di svolgimento di carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge.

¹⁰ U. POTOTSCHNIG, Art. 97 [e 51], cit., p. 367. Anche la giurisprudenza è stata inizialmente restia a riconoscere la portata immediatamente precettiva del principio di uguaglianza: la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 56/1958, per giustificare la quota riservata maschile, nella misura di almeno il 50%, per la partecipazione dei giudici popolari ai collegi giudicanti delle Corti d'assise (prevista dalla legge n. 1441/1956, art. 102), ha sostenuto che l'evoluzione verso principi di uguaglianza di genere dovesse essere graduale, riconoscendo al legislatore la discrezionalità nel definirne progressivamente i confini: per una tempestiva critica di tale orientamento della giurisprudenza costituzionale, v. V. CRISAFULLI, *Uguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 861.

¹¹ L. GIANFORMAGGIO, *La promozione della parità di accesso alle cariche elettive in Costituzione*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentan-*

petizione rispetto all'art. 3 Cost., ha sostenuto che nell'art. 51 Cost. fosse già presente il dovere di garantire una rappresentanza politica effettivamente composta di uomini e di donne, non sono state condivise né dalla giurisprudenza (Corte cost. n. 422/1995), né dalla dottrina¹². Ed anzi, è stato ritenuto necessario introdurre nella Costituzione un ulteriore sovraccarico testuale¹³ perché si affermasse l'interpretazione della legittimità costituzionale delle pari opportunità elettorali¹⁴.

6. Circolarità tra impliciti di genere e costruzione giuridica del genere nel nostro presente (a proposito del paradigma eterosessuale del matrimonio)

La circolarità tra impliciti di genere che intersecano i formanti giuridici e costruzione giuridica del genere che abbiamo osservato nella vicenda del 1906 si sta

za politica, Giappichelli, Torino, 2003, p. 74 s.; personalmente, in *Principio costituzionale di uguaglianza e differenza tra i sessi*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 60, avevo sostenuto che l'art. 3, comma 2, Cost. fosse sufficiente a fornire un "ombrello" costituzionale alle azioni positive in materia elettorale, considerando che la specificazione del principio di uguaglianza da parte dell'art. 51 Cost. ribadisce e rafforza il principio generale senza mutarne la natura e consentendo la dialettica tra uguaglianza formale e sostanziale che si ammette in altri settori (in una visione diacronica dell'uguaglianza tra i sessi vanno ammesse le misure di *ratrappage* che pongono la prescrizione di uguaglianza come obiettivo da conseguire).

¹² Per quanto letture critiche della sentenza n. 422/1995 non siano mancate (tra le altre v. U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle "quote" nelle liste elettorali*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3268; A. PIZZORUSSO, E. ROSSI, *Le azioni positive in materia elettorale*, in *Donne in quota*, a cura di B. BECCALLI, Feltrinelli, Milano 1999). La maggioranza della dottrina sino alla sentenza della Corte cost. n. 49/2003 si mostrava sinceramente riluttante a cogliere il *novum* connesso all'impatto della questione di genere sulla rappresentanza: si vedano, per lo stato dell'arte precedente alla sentenza sullo statuto Val d'Aosta, i contributi raccolti nel volume *La parità dei sessi*, cit. (che raccoglie gli atti del seminario "preventivo" *Amicus curiae* dell'università di Ferrara su questo specifico oggetto).

¹³ Quello che ha inserito nell'art. 117 il comma 7: «Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive» ed ha completato il comma 1 dell'art. 51 con la frase: «A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini». Si veda in proposito come A. DEFFENU, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Giappichelli, Torino, 2012, rimarchi l'elemento di novità che sarebbe stato introdotto proprio dalle modifiche costituzionali; si deve, comunque, osservare che con tale ulteriore enfaticizzazione testuale il diritto sociale alle pari opportunità, che prima era solo genericamente fondato sull'art. 3, comma 2, Cost., è divenuto un diritto specificamente costituzionalizzato, con indubbio riflesso sulla sua struttura.

¹⁴ Qui va citata non solo la svolta della giurisprudenza costituzionale dalla sentenza n. 422/1995 alla n. 49/2003, e poi alla n. 4/2010, ma anche il ridefinirsi delle posizioni in dottrina, ad. es. G. BRUNELLI, *Pari opportunità elettorali e ruolo delle regioni*, in *Diritti sociali tra uniformità e differenziazione. Legislazione e politiche regionali in materia di pari opportunità, previdenza e lavoro dopo la riforma del titolo V*, a cura di B. PEZZINI, Milano, Giuffrè, 2005.

oggi riproponendo a proposito della messa in discussione del *paradigma eterosessuale* del matrimonio¹⁵: vicenda della contemporaneità che presenta punti significativi di contatto con il lungo e faticoso percorso di emersione e superamento della costruzione – altrettanto paradigmatica – dell’inferiorità “naturale” della donna rispetto all’uomo.

Ora come allora, emerge una dimensione apertamente conflittuale, che mette in discussione la tenuta di un vero e proprio *paradigma*, intorno al quale l’ordinamento giuridico si era strutturato e che è anche un *implicito di genere*.

La discriminazione/subordinazione della donna, da un lato, e l’eterosessualità del matrimonio, dall’altro, sono regole di genere *implicite* nella misura in cui si ritengono appartenere necessariamente alla natura, ad una dimensione pre-giuridica dalla quale verrebbero semplicemente recepite; e sono paradigmatiche nella misura in cui sono acquisite, senza metterle in discussione, come strutturanti e fondative.

L’emergere di una conflittualità sociale intorno a queste regole di genere ne mostra, invece, tutta l’*artificialità*: forza e forma del diritto sono impiegate per conservare una regola di genere che non è più implicita, né naturale nel senso di pre-giuridica. Di nuovo vediamo come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere.

Quando interviene la messa in opera di strumenti giuridici che ribadiscono il paradigma, ricostruendolo “artificialmente” per imporlo ad una comunità che comincia a mostrarsi riluttante o estranea, l’ordinamento giuridico diventa il campo di rappresentazione alternativa anche della funzione che il diritto può assumere: da una parte, infatti, il diritto può fornire gli strumenti per resistere alla sfida, ricostituendo *sul piano giuridico* proprio il paradigma vacillante *sul piano sociale*, per ribadirlo e consentirgli di operare con una funzione ordinante e di disciplinamento delle vite delle persone; dall’altra, all’opposto, il diritto può accettare la sfida di sganciarsi dai presupposti impliciti nel paradigma, interrogandosi su quali strumenti complessivi si offrano, per così dire, *al di fuori e a prescindere* dal paradigma in crisi, per fornire risposte adeguate al “mestiere di vivere” delle persone.

Il venir meno della condizione sociale di condivisione dell’implicito si manifesta anche nella domanda di riconoscimento da parte di soggetti in un certo senso “nuovi” al diritto¹⁶, una domanda che inevitabilmente sollecita la necessità di usare

¹⁵ Nella medesima prospettiva anche G. BRUNELLI, *Minoranze sociali. norme discriminatorie e funzione del giudice costituzionale*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 45.

¹⁶ È la soggettività sociale e politica, la condizione sociale e politica dei soggetti a presentare profili di novità: in virtù di una “nuova” consapevolezza di sé e delle proprie specifiche condizioni personali e sociali, questi soggetti rivendicano un accesso ed un godimento di diritti fondamentali in condizione di uguaglianza con quei soggetti a cui la titolarità dei diritti è storicamente riconosciuta (le donne ai diritti degli uomini, le coppie *same sex* ai diritti delle coppie eterosessuali); non si tratta,

gli strumenti della riflessione critica per verificare la capacità dei formanti di operare oltre il paradigma: elaborare nella dottrina le costruzioni e le categorizzazioni coerenti; chiedere al legislatore risposte adeguate; proporre alla giurisprudenza le opzioni interpretative ed applicative necessarie.

Da costituzionalista, ritengo che anche il *personalismo della* costituzione italiana solleciti, nel rispetto dei vincoli complessivamente posti dalle norme costituzionali – da quelli sulla separazione dei poteri a quelli sulla costituzionalizzazione di determinati istituti –, l’interpretazione costituzionale a *massimizzare uguaglianza e libertà di ciascuno nella configurazione del percorso di vita liberamente scelto*. Anche per questo ho altrove cercato, al meglio delle mie possibilità, di dimostrare che è sufficiente prendere le mosse da una configurazione in senso forte e valorizzante dell’uguaglianza nei diritti fondamentali per approdare ad un’interpretazione dell’art. 29 che, oltre il paradigma etero normativo, sia in grado di legittimare pienamente il matrimonio *same-sex*¹⁷.

La Corte costituzionale, però, dal paradigma eterosessuale del matrimonio non ha ritenuto di potere *autonomamente*¹⁸ prendere le distanze, limitandosi ad offrire al riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso il fondamento dell’art. 2 Cost. (nel senso di una tutela in quanto “formazioni sociali”).

Ma la contestazione del paradigma prosegue e la sua resistenza è nuovamente “sfidata”, e portata all’attenzione specifica della giurisprudenza costituzionale, per altra strada, attraverso la vicenda del divorzio imposto al transessuale.

dunque – come ben rileva F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, p. 108, con specifico riferimento alla discussione pubblica ed alla evoluzione della giurisprudenza negli Stati Uniti, di diritti nuovi o speciali.

¹⁷ B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 5 e, successivamente, leggendo criticamente la sentenza n. 138/2010 *Coppie same-sex e matrimonio: quale uguaglianza dopo la sent. 138/2010*, in *notizie di Politeia*, n. 100, 2010, pp. 75-84.

¹⁸ Autonomamente, vale a dire intervenendo su quello che considera un carattere tipico e costitutivo del matrimonio (la differenza di sesso dei coniugi) adottando un’interpretazione radicalmente innovativa dell’istituto civilistico del matrimonio stesso (che lo ri-configuri come matrimonio per tutti, indifferentemente accessibile da coppie di diverso o dello stesso sesso) senza che vi sia la diretta assunzione di responsabilità del legislatore in proposito: su questa ricostruzione della sentenza n. 138/2010, B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 799.

7. *Il caso del divorzio imposto dopo la rettificazione di sesso: quanto è ancora rigido, dopo la sentenza n. 138/2010, il nesso tra matrimonio e paradigma eterosessuale?*

La questione pendente di costituzionalità a proposito del divorzio imposto al transessuale a seguito del mutamento di sesso è il caso dell'oggi che sollecita la nostra riflessione sugli impliciti di genere e sulla circolarità del rapporto tra costruzione del genere e diritto¹⁹.

La questione ha ad oggetto l'automatica cessazione degli effetti del matrimonio del transessuale per effetto della sentenza di rettificazione, senza la necessità di una domanda e di una pronuncia giudiziale, che introduce, da punto di vista sostanziale, la previsione di un *divorzio imposto ex lege* alla coppia coniugata prima della rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi (art. 4, legge n. 164/1982)²⁰.

Viene quindi in gioco, dal punto di vista sostanziale, *la protezione dell'unità familiare* – così come vissuta e interpretata dai coniugi – *da interferenze esterne volte alla dissoluzione di tale unità* (detto altrimenti, è in gioco la protezione dei diritti di una famiglia fondata sul matrimonio *da interferenze esterne* volte alla dissoluzione di tale famiglia; o, ancora, con riferimento alla formula dell'art. 29 Cost., si tratta di garantire il riconoscimento dei diritti di una società naturale fondata sul matrimonio, proteggendola dall'interferenza volta al suo disconoscimento).

La questione di costituzionalità viene costruita ed argomentata dalla Corte di cassazione contestando l'inadeguato bilanciamento²¹ della normativa vigente, volta

¹⁹ Sollevata con ordinanza n. 14329/2013 della Corte di cassazione, registro ordinanze 214/2013 – G.U. 16 ottobre 2013.

²⁰ Nel caso da cui origina l'ordinanza, il giudice di appello ha sviluppato fino alle estreme conseguenze la tesi dell'automatismo dello scioglimento del vincolo matrimoniale (Corte App. Bologna 18 maggio 2011): poiché attendere la pronuncia di divorzio per lo scioglimento del matrimonio avrebbe significato ammettere, anche solo temporaneamente, il matrimonio fra persone dello stesso sesso e poiché tale istituto sarebbe da ritenersi estraneo al nostro ordinamento che «pretende la diversità di sesso dei coniugi come requisito immancabile», la Corte d'appello configura lo scioglimento come un effetto inderogabile, diretto e immediato della sentenza di rettificazione, autonomamente rilevabile dall'ufficiale di stato civile, degradando la pronuncia giudiziale sullo scioglimento ad un semplice – e neppure indispensabile – accertamento dichiarativo. E la Corte di cassazione conferma e condivide questa lettura della legge, pur sollevando dubbi sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore. Sulle tappe precedenti e sugli sviluppi complessivi del caso Bernaroli, v. A. LORENZETTI, *Il caso Bernaroli. Quali soluzioni per un sistema "incartato"?*, in G. VIDAL MARCILIO POMPEU, F. FACURY SCAFF (org.), *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, Conceito Editorial, Florianópolis/SC, Brazil, 2012, pp. 363-376 e *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano, 2013, spec. cap. III.

²¹ L'ordinanza della Corte di cassazione a p. 23 afferma che il quesito sottoposto alla Corte riguarda la «valutazione dell'adeguatezza del sacrificio imposto a tali diritti dall'imperatività dello

esclusivamente all'affermazione del paradigma eterosessuale del matrimonio (a garantire l'incorporazione del paradigma nell'istituto del matrimonio).

Per realizzare l'interesse statale a non modificare i modelli familiari sarebbero stati, infatti, completamente sacrificati diversi diritti fondamentali costituzionalmente tutelati: i diritti fondamentali del transessuale, sotto il profilo del condizionamento della libertà di scelta in ordine al mutamento di sesso e sotto il profilo della conservazione della preesistente dimensione relazionale nel matrimonio, sia sul piano sostanziale che su quello strumentale dell'azione a tutela del vincolo; il diritto del coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale (sul piano sostanziale e strumentale); il diritto alla conservazione dell'unità familiare; il diritto di esistenza della famiglia fondata sul matrimonio (in quanto nata dal matrimonio); il diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio (che mette in gioco la coerenza normativa riferita all'istituto del divorzio).

Coinvolgendo la definizione eterosessuale del matrimonio, la questione non può ignorare il precedente rappresentato dalla sentenza n. 138/2010, anche se va rimarcato che il caso attuale ha una portata più circoscritta e specifica: mentre nel 2010 la Corte costituzionale era stata direttamente interrogata sulla possibile incostituzionalità dell'esclusione dall'accesso al matrimonio di due persone dello stesso sesso, la questione pendente si riferisce alla possibilità di sopravvivenza di un'unione coniugale che, all'origine, si è validamente istituita nell'ambito del diritto vigente come unione tra persone di sesso diverso e che, solo successivamente, è divenuta un'unione tra persone dello stesso sesso, in seguito alla rettificazione ottenuta da uno dei coniugi.

Alla sentenza del 2010, comunque, si guarda per valutare se essa abbia stabilito che l'incorporazione del carattere eterosessuale del matrimonio nell'art. 29 Cost. – che tale sentenza ritiene sia avvenuta per il tramite della legislazione civilistica²² –

scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi» e a p. 25 riconosce «una compressione del tutto sproporzionata dei diritti della persona legati alla sfera relazione intersoggettiva», parlando del coniuge che sarebbe «ancor più ingiustificatamente colpito» dall'interferenza statale ed, espressamente, di un «inadeguato bilanciamento d'interessi costituzionalmente rilevanti».

²² Con un'argomentazione «per relationem rispetto a fonti sub-costituzionali» (A.M. LECIS, *Sul marriage homosexuel deciderà il legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II, 2011, p. 457); da cui la critica mossa alla sentenza di avere invertito il rapporto tra piano costituzionale e legislativo, usando il secondo per vincolare il primo (A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *forumcostituzionale.it*, 2010, p. 15 parla di «improprio rovesciamento gerarchico delle fonti normative»; nello stesso senso già P. TINCANI, *Matrimonio omosessuale, se il codice civile prevale sulla Costituzione*, in *www.micromega-online.it*, 22 aprile 2010). L'interpretazione «adeguata alla rovescia» approda a una nozione originalista del matrimonio, sulla quale torna da ultimo criticamente F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso*, cit. in nota 16, particolarmente p. 126 s.

costituisca un vincolo solo per l'interpretazione giudiziale²³ o anche per il legislatore²⁴.

Dal punto di vista della soluzione che il caso potrà ricevere e del rapporto con la sentenza n. 138/2010, sembra opportuno sottolineare che un più adeguato bilanciamento di tutti gli interessi costituzionali in gioco (che non imponga automaticamente lo scioglimento, ma lo rimetta all'iniziativa dei coniugi) non richiede di mettere necessariamente in discussione il carattere eterosessuale dell'istituto del matrimonio, che potrebbe conservarsi come principio nel sistema ordinamentale, ammettendo la sopravvivenza del matrimonio del transessuale nei termini di una mera e circoscritta eccezione. Ferma restando la contiguità delle due questioni, mentre il matrimonio *same-sex* fuoriesce dal paradigma, mettendolo radicalmente in discussione, il matrimonio antecedente la rettificazione mantiene la sua radice entro il paradigma (*pretendendo tutela proprio in quanto* si è validamente costituito entro il paradigma) ed aspira ad una *continuità* che non sfida radicalmente il paradigma; o meglio: non richiede la rinuncia al *principio* della eterosessualità del matrimonio, pur mettendone in discussione il *carattere paradigmatico* (l'eterosessualità degrada da paradigma a semplice principio).

La continuità del matrimonio anche dopo la rettificazione di sesso può, infatti, rispondere a diversi tipi di logica ordinamentale.

Innanzitutto, la sopravvivenza del matrimonio alla rettificazione potrebbe essere garantita da una logica di completa indifferenza, secondo la quale il matrimonio è istituto indifferente alla differenza / omogeneità di sesso dei coniugi: in questo caso il matrimonio nato tra due persone di sesso opposto continuerebbe come *same-sex* nell'indifferenza dell'ordinamento, che conosce un solo tipo di matrimonio per tutti.

Tuttavia, non è certamente questa la prospettiva dell'ordinamento italiano, che al momento non solo non conosce il matrimonio *same-sex*, ma neppure una forma

²³ Così espressamente ne *Il matrimonio same-sex*, cit. in nota 18, dove ho cercato di argomentare al meglio delle mie possibilità che la lettura della sentenza n. 138 che apre alla possibilità di un'evoluzione legislativa in questa materia compone in un quadro plausibile alcune contraddizioni e paradossi argomentativi della sentenza; altri si è limitato ad una osservazione "minimale": trattandosi di un *obiter dictum* in una formula di rigetto semplice non potrebbe avere effetti vincolanti diversi dal divieto di riproposizione nel medesimo giudizio *a quo* (A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente*, cit., p. 10). Indubbiamente significativo è che questa lettura sia stata condivisa dalla Cassazione, nell'ordinanza di rinvio e già nella sentenza n. 4184/2012 (che, pur respingendo la tesi della trascrivibilità del matrimonio *same sex* contratto all'estero, ha superato sia la tesi dell'inesistenza, sia quella del contrasto con l'ordine pubblico interno): su cui si veda *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, a cura di Raffaele Torino, edizioni RomaTrE-Press, Roma, 2013. Io stessa; per le argomentazioni rinvio a B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex*, cit.

²⁴ In dottrina, ad esempio A. SPADARO, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale - come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte*, re melius perpensa - o serve una legge di revisione costituzionale?, in *forum costituzionale.it*, 9 settembre 2013.

di istituzionalizzazione alternativa delle unioni stabili omosessuali (la cui necessità è stata chiaramente affermata nella sentenza n. 138/2010). E sembra altresì assai improbabile che possa aversi un'evoluzione rapida in tale direzione.

In secondo luogo, la continuità del matrimonio può rispondere ad una logica di *indifferenza costituzionale e differenza legislativa*, nella prospettiva, cioè, che considera che il matrimonio incorpori il paradigma eterosessuale in base alla perdurante volontà del legislatore, nell'ambito di una discrezionalità che la Costituzione consente, così come consentirebbe al legislatore di recepire nella legislazione un diverso e mutato indirizzo: in questa ipotesi il matrimonio nato tra due persone di sesso opposto continua come *same-sex* nei termini di una semplice eccezione entro il perimetro della discrezionalità legislativa.

Questa logica di indifferenza relativa (indifferenza sul piano costituzionale e possibilità del legislatore di caratterizzare il modello matrimoniale) sarebbe stata, secondo la Cassazione, riconosciuta dalla sentenza n. 138/2010²⁵ e, dunque, rappresenterebbe la prospettiva propria dell'ordinamento italiano attuale.

Infine, la continuità potrebbe ammettersi persino nella logica di differenziazione ritenuta costituzionalmente necessaria tra il matrimonio (come istituto esclusivamente eterosessuale) e l'unione *same-sex* (che, va ricordato, è un istituto che gode di necessaria tutela costituzionale²⁶: nel quadro ordinamentale attuale, infatti, il

²⁵ A p. 25 dell'ordinanza di rimessione si afferma testualmente: «Alla luce dei nuovi principi stabiliti in queste pronunce si può affermare: la scelta di estendere il modello matrimoniale anche ad unioni diverse da quella eterosessuale è rimessa al legislatore ordinario. Non sussiste un vincolo costituzionale (art. 29 Cost.) o proveniente dall'art. 12 della CEDU in ordine all'esclusiva applicabilità del modello matrimoniale alle unioni eterosessuali (Corte cost. n. 138 del 2010; CEDU caso Schalk e Kops)» [sott. ns.].

²⁶ A proposito del monito che la sentenza n. 138/2010 ha rivolto al legislatore e che è rimasto inascoltato, ha osservato il presidente Gallo nella *Relazione* annuale sulla giurisprudenza costituzionale del 2012 (p. 9): «un altro esempio di "invito" rimasto sinora inascoltato è quello contenuto nella sentenza n. 138 del 2010. In tale pronuncia la Corte ha escluso l'illegittimità costituzionale delle norme che limitano l'applicazione dell'istituto matrimoniale alle unioni tra uomo e donna, ma nel contempo ha affermato che due persone dello stesso sesso hanno comunque il «diritto fondamentale» di ottenere il riconoscimento giuridico, con i connessi diritti e doveri, della loro stabile unione. Ha perciò affidato al Parlamento la regolamentazione della materia nei modi e nei limiti più opportuni».

Il richiamo è preceduto da una considerazione molto forte sul valore dei moniti al legislatore: «4. - Il dialogo che la Corte ha ormai stabilmente instaurato con i giudici europei si presenta a volte più difficile proprio con il soggetto che della Corte dovrebbe essere il naturale interlocutore, e cioè il legislatore. Questa difficoltà emerge, in particolare, nei casi in cui essa solleciti il legislatore a modificare una normativa che ritiene in contrasto con la Costituzione. Tali solleciti non possono essere sottovalutati. Essi costituiscono, infatti, 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. Si pensi all'ipotesi in cui l'eliminazione del contrasto con la Costituzione esiga la riforma di interi settori dell'ordinamento o possa realizzarsi in una pluralità di modi consentiti dalla Carta costituzionale, la scelta dei quali è riservata alla discrezionalità del legislatore. Non è inopportuno ribadire che queste esortazioni non equivalgono al

matrimonio potrebbe continuare nei termini di una *eccezione* al principio della differenziazione *imposta* dalla necessità di non privare di adeguata tutela gli interessi costituzionalmente protetti rilevanti nella situazione (corposi ed assai concreti interessi individuali, diritti fondamentali della persona che, altrimenti, risulterebbero completamente sacrificati al principio astratto della differenziazione dei modelli familiari). Di conseguenza, anche la prospettiva di necessaria differenziazione dei modelli familiari, che parte dei commentatori ritiene di ricavare dalla n. 138/2010, non potrebbe avere conseguenze radicalmente ostative della continuità del matrimonio del transessuale: l'unione affettiva tra i due coniugi che, nata come matrimonio, come tale non potesse continuare, deve conservare il riconoscimento e le garanzie a cui ha titolo in quanto unione stabile *same-sex*, nella forma di una tutela adeguata al rango di un diritto fondamentale (perché come diritto fondamentale è riconosciuto e garantito dall'art. 2 Cost., nonché dall'art. 8 CEDU); soltanto, dunque, se esistesse una forma di adeguata istituzionalizzazione dell'*unione same-sex* in grado di "subentrare" al matrimonio cancellato *ex lege* trasformandolo in unione riconosciuta si potrebbe, forse, ragionare di un bilanciamento non inadeguato²⁷. In assenza di qualsiasi disciplina a carattere generale, e non potendo la giurisprudenza costituzionale offrire direttamente idonei riconoscimento e garanzia²⁸, il matrimonio –

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. È accaduto spesso che il Parlamento non abbia dato seguito a questi inviti. Il che ha costretto talvolta la Corte a dichiarare, quando è stato possibile, l'illegittimità costituzionale delle norme non emendate».

²⁷ Una soluzione di questo tipo è stata ritenuta non inadeguata dalla giurisprudenza della Corte EDU: v. *Parry c. Regno Unito*, n. 42971/05 («It cannot be required to make allowances for the small number of marriages where both partners wish to continue notwithstanding the change in gender of one of them. It is of no consolation to the applicants in this case but nonetheless of some relevance to the proportionality of the effects of the gender recognition regime that the civil partnership provisions allow such couples to achieve many of the protections and benefits of married status. The applicants have referred forcefully to the historical and social value of the institution of marriage which give it such emotional importance to them; it is however that value as currently recognized in national law which excludes them»); *H. v. Finland*, no. 37359/09 («Nor is it disproportionate that the applicant's marriage be turned into a civil partnership as the latter is a real option which provides legal protection for same-sex couples which is almost identical to that of marriage»). Resta, tuttavia, ineliminabile la perplessità legata al carattere discriminatorio e stigmatizzante di un'indubbia "degradazione" da un modello di relazione familiare di prima classe (matrimonio) a uno di seconda classe (unione registrata).

²⁸ Da considerare, invece, palesemente insufficiente l'intervento «a tutela di specifiche situazioni» che richiedono un trattamento omogeneo, previsto dalla sentenza n. 138/2010: «Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze 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 omoge-

pur divenuto tra persone dello stesso sesso – non può che proseguire come tale. Nella misura in cui lo richiede la tutela di interessi costituzionalmente protetti di adeguata rilevanza, che il legislatore non è in grado di tutelare, risulta indispensabile ammettere un'eccezione alla struttura generalmente eterosessuale dell'istituto.

Sia nella seconda, che nella terza delle ipotesi considerate, la continuità del matrimonio è consentita da (si configura nei termini di) un'eccezione al principio dell'eterosessualità del matrimonio. La differenza tra le due ipotesi risiede nella ponderazione degli interessi costituzionali da proteggere *attraverso l'eccezione*; nella terza ipotesi il peso delle posizioni tutelate deve risultare decisamente più consistente, in quanto deve essere adeguato a superare un'incorporazione del paradigma etero del matrimonio di rango costituzionale, mentre nella seconda ipotesi l'eccezione si riconduce allo spazio di discrezionalità proprio del legislatore in materia di modelli familiari. È un'operazione di bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente protetti dalla regola e quelli costituzionalmente protetti dall'eccezione che deve essere delineata persuasivamente: ma sono proprio il rango ed il peso degli interessi costituzionali in gioco (e in bilanciamento) che non consentono dubbi sulla *necessità* dell'eccezione.

8. La questione del divorzio imposto nel quadro della costruzione giuridica di sex-gender system e dualismo sessuale

Nella legge n. 164/1982 è chiaramente incorporato un implicito di genere che sovrappone e intreccia indissolubilmente attribuzione di *sex* e *sessualità* (orientamento della sessualità): *il cambio sesso avviene per praticare la sessualità implicitamente intesa come propria del sesso opposto, nel quale il soggetto transessuale si riconosce*. È come se quelle stesse esigenze in base alle quali si riconosce uno squilibrio tra sesso fisico (morfologico, cromosomico e gonadico) e sesso psicologico e, attribuendo rilevanza all'identificazione psicologica, si consente il mutamento, apparissero anche indirizzare *univocamente* la sessualità del soggetto transessuale. Il sottinteso alla regola dello scioglimento automatico del matrimonio (prevista nell'art. 4, legge n. 164) è che *chi non si riconosce nel proprio sesso / corpo e desidera transitare nel sesso / corpo opposto è spinto dal desiderio di relazioni sessuali tipicamente eterosessuali* (un uomo che si sente "donna" e non accetta il proprio corpo/sesso di uomo, vuole transitare – a prezzo di lunghi e pesanti trattamenti medici – nel sesso/corpo di una donna perché, in quanto donna, desidera relazioni sessuali con uomini che non potrebbe avere se non come una donna; e, naturalmente, viceversa).

neo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza» (punto 8 del Considerato in diritto).

La legge n. 164 non ha difficoltà a riconoscere ampiamente questo orizzonte, non ponendo limiti al matrimonio *successivo* del transessuale con un soggetto di sesso diverso da quello acquisito, ma uguale a quello di origine; specularmente, considera una sorta di effetto “collaterale” non problematico lo scioglimento del matrimonio precedente, perché la sua conservazione non appare tra gli orizzonti ritenuti “desiderabili” da parte del transessuale. Quanto al coniuge del/la transessuale, viene in considerazione solo in quanto possibile ostacolo al mutamento, per domandare se abbia titolo per opporsi *alla rettificazione*: entrata in vigore la legge, la Cassazione solleva in questo senso una questione di costituzionalità, che la Corte costituzionale respingerà nella sentenza n. 161/1985, osservando che «*l'ordine naturale della società familiare è sconvolto non dalla rettificazione anagrafica del mutamento di sesso e neppure dalla sentenza che lo riconosce, ma dalla sindrome transessuale da cui è affetto il soggetto interessato*».

Anche la dottrina, che pure ha criticato il legislatore per avere introdotto un'ipotesi anomala di divorzio automatico, ha discusso l'ipotesi del matrimonio precedente alla rettificazione essenzialmente dal punto di vista degli strumenti processuali, senza mettere apertamente in discussione l'implicito di genere (una sessualità eterosessuale allineata al sesso acquisito), al più confinando a ipotesi di scuola il dubbio sulla rilevanza della volontà dei coniugi contraria allo scioglimento del matrimonio.

È il caso B. che mette in discussione quest'orizzonte implicito, che irrompe sulla scena dicendo “*io sono il vostro caso di scuola*” e obbligandoci a riflettere sull'implicito di genere²⁹. Che non può essere più implicito; che esce dalla dimensione “naturale” e pre-giuridica per diventare interamente questione giuridica. Che chiede una risposta.

La questione dello scioglimento del matrimonio contratto dal transessuale prima della rettificazione va affrontata provando, innanzitutto, a riflettere su come si debba inquadrare la fattispecie “divorzio a seguito della rettificazione di sesso”: essenzialmente come una – fra le altre – ipotesi di divorzio (riferimento normativo l'artt. 3, 2 lett. g) della legge n. 898/1970) ovvero restando nell'ambito del trattamento del transessualismo (facendo riferimento agli artt. 4, legge n. 164/1982 –il solo applicabile nel caso B.– e 31 d.lgs. n. 150/2011³⁰?

²⁹ Per rendere pubblico l'inizio della vicenda processuale che ha poi portato all'ordinanza n. 14329/13, Alessandra Bernaroli scelse il convegno di Ferrara del 26 febbraio 2010, presentando a tutti/e i/le presenti la vivissima esperienza di vissuto, esperienza ed affetti che innerva il “caso” al quale avevamo dedicato i cenni assai sommarî che si dedicano ad ipotesi che appaiono remote e puramente astratte.

³⁰ Come ho osservato in *Del sesso, del genere e del “mestiere di vivere”*: cosa c'è di nuovo nella questione dello scioglimento automatico del matrimonio della persona transessuale che ha ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso, in *Studi Rossano*, Jovene, Napoli, 2013, vol. II, p. 733, ritengo che, avendo consapevolmente e dichiaratamente perseguito la tecnica dell'abrogazione espres-

Qual è l'elemento che qualifica prioritariamente la fattispecie: il divorzio o il transessualismo?

A me sembra che ci troviamo di fronte ad un'ipotesi di scioglimento del matrimonio, da trattare innanzitutto come tale, senza enfatizzare oltre quanto è necessario l'influenza di ciò che costituisce il semplice presupposto dello scioglimento, vale a dire l'intervenuta rettificazione di sesso di un coniuge. L'ordinamento riconosce rilievo alla vicenda del transito di una persona coniugata, trattando tale vicenda come ogni altra vicenda capace di influire sulla comunione di vita tra i coniugi; la rettificazione è, infatti, una causa di scioglimento al pari delle altre che sono elencate nell'art. 3, legge n. 898. Lo scioglimento del matrimonio non dipende dal transito e conseguente rettificazione del sesso del coniuge, *ma dal fatto che transito e rettificazione abbiano compromesso la comunione di vita tra i coniugi*, rimettendo alla loro valutazione di tale compromissione – se e fino che punto sia avvenuta – la possibilità di avviare un procedimento giudiziario che sfoci nella rimozione del vincolo (del resto, perfino nell'ipotesi di tentato omicidio si lascia al coniuge vittima del reato la possibilità di valutare se la comunione di vita è venuta meno).

Ragionando diversamente, si finirebbe per qualificare l'intera vicenda matrimoniale direttamente ed esclusivamente per mezzo della legge sul transessualismo e lo scioglimento del matrimonio precedentemente contratto dal transessuale risulterebbe un istituto affatto speciale e differente da ogni altra ipotesi di scioglimento regolato dalla legge n. 898/1979 (nonostante l'esplicito richiamo di tale disciplina sia nell'art. 4, legge n. 164/1982, sia nell'art. 31, d.lgs. n. 150/2011): un istituto che estingue inderogabilmente la comunione di vita dei coniugi, non semplicemente *prescindendo dalla loro volontà*, quasi si trattasse di un mero accertamento di un fatto giuridico³¹, *ma contro la loro volontà* e contro l'esperienza di vita della coppia che tale comunione ha costruito e coltivato anche proprio nella condivisione dell'esperienza del transito di uno/a di loro.

La persona transessuale risulterebbe schiacciata nella sola dimensione della propria transessualità, che condiziona e “contamina” ogni altro momento della sua vita; ma anche il suo *partner* subirebbe lo stesso trattamento perché, “contagiato” dal coniuge transessuale, viene privato della possibilità di esprimersi circa il per-

sa, il d.lgs. n. 150/2011 abbia lasciato intatto l'art. 4, limitandosi a riprodurne gli elementi essenziali (non retroattività della sentenza, effetto di scioglimento del matrimonio) anche nel comma 6, art. 31; le varianti formali (uso del verbo *determina* anziché *provoca* in riferimento allo scioglimento del matrimonio; richiamo della legge n. 898/1970 senza la formula “*e successive modificazioni*” che invece compare nell'art. 4, legge n. 164) non risultano significative, sia perché non appaiono testualmente pregnanti, ma anche e soprattutto perché il contesto in cui opera il decreto legislativo non è sostanziale, ma processuale, rivolto, secondo la definizione dell'oggetto nella legge di delegazione, alla “*riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione*”.

³¹ E non a caso la dottrina deve ricorrere alla figura della morte presunta G. BONILINI, *Rettificazione di attribuzione di sesso, e scioglimento del matrimonio ai sensi dell'art. 31, d. lgs. n. 150/2011*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 12, p. 805.

manere o meno della comunione coniugale: l'esperienza del loro matrimonio cessa di essere comunione di vita per diventare una *paradosale*³² anomalia giuridica da rimuovere.

Non si crede che un'ipotesi interpretativa secondo cui l'ordinamento costruisce il transessualismo come una malattia infettiva possa apparire plausibile.

La dimensione giuridica della condizione transgenere non può ridursi alla perimetrazione di una minoranza deviante.

Il diritto costituzionale contemporaneo ha offerto un'irrinunciabile prospettiva dalla quale osservare e interpretare l'ordinamento, assegnando al diritto la funzione di prendere in cura l'umano in tutta la sua complessità e varietà: il principio fondamentale del personalismo della costituzione italiana (negli artt. 2 e 3 Cost.), non opera come un metro che misura lo scostamento dalla norma (e dalla normalità), ma fornisce gli strumenti per contrastare le condizioni di *subordinazione* che, proprio in virtù di una condizione sociale di minorità e fragilità, accrescono la fatica e diminuiscono la possibilità di libero sviluppo nella quotidianità del vivere. Le persone transessuali stanno nell'ordinamento come persone, garantite dalla pari dignità sociale, come ognuno ed ognuna di noi, cercando nelle regole giuridiche un supporto al *mestiere di vivere*.

In questo orizzonte, oltre a riconoscere che non c'è un allineamento necessario tra sesso e sessualità (per cui chi transita, al pari di chi non transita e indipendentemente dal transito, può avere un orientamento sessuale etero, omo o bisessuale), può essere necessario il superamento di una visione rigidamente dicotomica del dualismo del *sex-gender system*: si tratta, infatti, di verificare se – rinunciando all'attribuzione di un *genere* per tutti gli scopi e per tutti i momenti della vita e abbandonando la prospettiva del dualismo come interesse normativo rigidamente postulato dall'intero sistema³³ – possano emergere soluzioni più coerenti con le esigenze specifiche della condizione transessuale.

La rettificazione identifica una stessa persona *Y prima*, in base al solo criterio morfologico, come appartenente a un genere (M, per cui ha sposato X, identificata come F) e, *successivamente*, in base alla prevalenza del criterio psico-sessuale, come appartenente al genere opposto (F), senza mettere in discussione la continuità

³² Così esplicitamente P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge 164/82*, in *Dir. famiglia*, 2009, 2, p. 713.

³³ Dove un interesse al dualismo c'è, esso va di volta in volta ricercato e circoscritto, dimostrandone la rilevanza e la necessità per una disciplina o in un settore specifici; in questi termini, il dualismo maschile / femminile è una categoria irrinunciabile non solo per la decostruzione di ogni sopravvivenza o eredità della storica subordinazione femminile, ma anche per rendere possibile la trasformazione sociale e giuridica: penso non solo alle norme che riconoscono la specificità del ruolo femminile nella riproduzione, ma anche a quelle che tendono ad una ri-qualificazione della rappresentanza politica in termini duali (su quest'ultimo tema, sia consentito il rinvio a B. PEZZINI, *Il riequilibrio di genere nella legislazione elettorale*, in R. D'ALIMONTE, C. FUSARO (a cura di), *La legislazione elettorale italiana. Come migliorarla e perché*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 111 ss.

dell'identificazione di Y come Y (Y resta, nel corso del tempo, un unico soggetto, una sola persona, per un certo tempo di sesso maschile, dalla rettificazione in poi di sesso femminile). Già nella prospettiva della legge n. 164/1982, quindi, il dualismo sessuale si conserva come una possibilità alternativa, che ammette la mutevolezza nel tempo. Consentendo che il matrimonio contratto prima della rettificazione prosegua, si potrebbe ammettere che l'iscrizione di genere originaria di Y protragga i propri effetti, agendo *contemporaneamente* alla nuova identità. Si tratta, indubbiamente, di un più radicale scostamento dalla regola del dualismo, che vedrebbe un soggetto essere riconoscibile contemporaneamente come F e come M, sia pure su piani e per effetti diversi; ed è, invero, una possibilità già presente nell'ordinamento, dal momento che le certificazioni anagrafiche dei figli di soggetti che hanno compiuto la transizione di sesso conservano i dati originali di identificazione dei loro genitori (una transessuale *M to F* che fosse stato padre prima della rettificazione, risulta, infatti, già oggi presente contemporaneamente nell'ordinamento come soggetto di sesso – rettificato – femminile nella generalità dei rapporti sociali e giuridici, pur restando identificato come soggetto di sesso – originario – maschile in quanto genitore maschio di suo figlio).

9. Di cosa parliamo quando parliamo di unità familiare?

Considerando che, nella riflessione sugli esiti della questione di costituzionalità del divorzio imposto al/la transessuale coniugato/a, la nozione di unità familiare assume un ruolo centrale, dal presente è utile ritornare al passato prossimo, concentrando l'attenzione sugli anni '60 del XX secolo, che rappresentano un momento significativo di mutamento degli indirizzi della giurisprudenza costituzionale in tema di uguaglianza di genere: questioni che, da un lato, illustrano con particolare efficacia la tensione tra l'accoglimento del principio di uguaglianza in tutta la sua portata (antistigmatizzazione, antidiscriminazione, antisubordinazione) e la resistenza di costruzioni *paradigmatiche* di genere e, dall'altro, mostrano come l'interpretazione della nozione di *unità familiare* rifletta gli impliciti di genere subendo una rielaborazione in base a concezioni di genere diverse e contrapposte (unità come struttura patriarcale / unità come struttura di parità giuridica e morale).

Vanno prese in considerazione, in particolare, quattro sentenze che costituiscono un insieme molto caratterizzato, che mostra l'evoluzione e il netto *revirement* giurisprudenziale sulla questione dell'adulterio (della sua punibilità e degli effetti sulla separazione tra i coniugi); naturalmente le sentenze che definiscono l'unità familiare sono molte di più³⁴, ma in questo specifico "blocco" il meccanismo della

³⁴ B. PEZZINI, *La struttura di genere della famiglia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Genere e diritto*, cit.: l'emergere progressivo del principio di uguaglianza tra i sessi, osservato attraverso quat-

reciproca influenza tra genere e diritto è molto significativo: l'interpretazione giuridica registra ed accoglie gli impliciti di genere ovvero mostra di reagire direttamente ad essi.

9.1. *L'unità familiare alla prova dell'adulterio (1961-1969)*

Il "blocco" delle sentenze costituzionali sull'adulterio riguarda le conseguenze della violazione del dovere di fedeltà sia sul piano penale, con la complessa disciplina dei reati "femminili" di adulterio e relazione adulterina e di quello "maschile" di concubinato, sia sul piano delle cause di separazione, che ripropone la medesima distinzione. Si tratta di quattro sentenze³⁵ nelle quali si possono rintracciare chiaramente i passaggi di quella circolarità dell'argomentazione per cui *il genere costruisce il diritto* (nel senso che la concezione di genere condivisa e presupposta come un paradigma indiscusso e non riconosciuto dall'interprete ne determina l'interpretazione delle norme) e *il diritto costruisce il genere* (nel senso che, all'opposto, le norme giuridiche contribuiscono a definire la costruzione di genere in un determinato contesto sociale).

La prima sentenza del blocco, molto nota, è pronunciata nel 1961 (n. 64): due ordinanze mettono in discussione la punibilità del reato di adulterio solo per la moglie ipotizzando un contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 e art. 29 Cost.).

Il giudice costituzionale appare pienamente consapevole di trovarsi su di un terreno particolarmente delicato, preoccupandosi di affermare la propria estraneità al dibattito *de iure condendo* in atto sul tema (dibattito che, quanto meno, suggerisce che la *tradizione* in materia sia, in realtà, molto meno solida di quanto il resto della motivazione non intenda).

La sentenza sviluppa le argomentazioni in base alle quali la differenziazione voluta dal legislatore può ritenersi – a parere della Corte – ragionevolmente giustificata.

Innanzitutto, intesa l'uguaglianza come non arbitrarietà delle differenziazioni (ex art. 3 Cost.: uguaglianza come principio ordinatore dell'ordinamento giuridico), la violazione del diritto alla fedeltà coniugale commessa dalla moglie viene riscontrata dal legislatore come un'offesa di maggior gravità «*in conformità della comune opinione*» che intende il fatto che la moglie «*conceda i suoi amplessi ad un estraneo*» ben più riprovevole della «*isolata infedeltà del marito*». Non si può evitare di notare la scelta delle espressioni che descrivono l'adulterio dei due coniugi, assai marcate dal pregiudizio di genere: pur trattandosi di un comportamento speculare,

tro "blocchi" di giurisprudenza (rispettivamente: sull'adulterio; sui rapporti patrimoniali tra i coniugi; sulla potestà genitoriale; sui ruoli sessuati di cura della prole), viene mostrato come una leva che riesce a rimuovere la subordinazione patriarcale.

³⁵ N. 64/1961; 126 e 127/1968; 147/1969.

la descrizione che se ne fa minimizza l'uno e stigmatizza pesantemente l'altra, e non sarebbe "reversibile".

Contemporaneamente, alla luce dell'art. 29 Cost., la disparità tra i coniugi viene letta dalla Corte costituzionale come un'eccezione, giustificata in nome dell'unità familiare, alla regola dell'uguaglianza tra i coniugi (a questo punto, evidentemente, solo tendenziale); la Corte legge la formula dell'unità familiare come il «*richiamo e il riconoscimento del tradizionale concetto della famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo*», che riempie di contenuto snocciolando tutti gli stereotipi di genere forgiati dalla famiglia modellata dall'autorità patriarcale (la reputazione sociale della famiglia, la costruzione "asessuata" della figura della "madre", l'incertezza sulla paternità) e persino evocando, pur con qualche cenno di riprovazione, lo spettro della violenza patriarcale («*e ciò senza punto far calcolo, in quanto fatti anormali e che si auspicano destinati a scomparire, delle reazioni violente e delittuose cui, in specie in certi ambienti, può in particolare dar luogo la infedeltà della moglie*»).

Pur riconoscendo che sul piano morale «*il principio della fedeltà coniugale è unico, e non soffre discriminazioni di carattere quantitativo*», si privilegiano senza riserve le valutazioni che si affermano «*spesso imperiosamente*» nella vita sociale, trascurando, con un passaggio di incredibile leggerezza, l'espressa considerazione che l'uguaglianza *morale* ha proprio nell'art. 29 Cost.³⁶. Nelle sue conclusioni la sentenza rimanda la costruzione dell'inferiorità al piano sociale, che l'ordinamento si limiterebbe a fotografare: «*con tale norma non è stata creata a carico della moglie alcuna posizione di inferiorità, ma soltanto è stato preso atto di una situazione diversa, adattandovi una diversa disciplina giuridica*».

Altrettanto nota è la seconda sentenza del blocco, il *revirement* del 1968 (sentenza n. 126), che, affrontando nuovamente la medesima questione, rovescia il dispositivo in una pronuncia di incostituzionalità per violazione dell'art. 29 Cost.

Discostandosi dalle ordinanze di rimessione – che, proposto come parametro sia l'art. 3 che l'art. 29 Cost., avevano non solo mostrato di considerare l'uguaglianza uomo-donna un principio espresso unitariamente e complessivamente da entrambe le disposizioni, ma avevano anche valorizzato la dimensione unitaria dei profili formale e sostanziale dell'uguaglianza³⁷ – la Corte ritiene che il richiamo all'art. 3 non sia pertinente, riferendosi esclusivamente all'uguaglianza nei rapporti sociali; la norma di riferimento nella sfera dei rapporti familiari sarebbe quella specifica dell'art. 29, nel quale l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi viene affermata

³⁶ Ciò renderà ancor più significativo l'esplicito *revirement* sul punto nella sentenza n. 127/1968.

³⁷ In particolare l'ordinanza del pretore di Torino osservava che, «*a termini dell'art. 3 della Costituzione, il compito del legislatore è quello di rimuovere quegli ostacoli, che, fondandosi su apparenti concezioni diffuse nella collettività, vengono frapposti alla eguale considerazione giuridica dell'uomo e della donna rispetto a fatti di identica natura, quale il rapporto sessuale extraconiugale*» [sott. ns.].

contestualmente al richiamo dell'unità familiare come fattore in base al quale l'uguaglianza può subire limitazioni. Tuttavia, per quanto le esigenze di organizzazione della famiglia consentano («*tuttora*», dice la Corte) di vedere nel marito il «*punto di convergenza dell'unità familiare e della posizione della famiglia nella vita sociale*», l'unità familiare non spiega, né giustifica la discriminazione in materia di adulterio; discriminazione che, anzi, nuoce alla coesione familiare ponendo la moglie in condizione di subordinazione e ledendo la sua dignità.

Riconoscendo nella norma un *privilegio* del marito, non necessario a garantire qualsivoglia unità della famiglia, la sentenza giunge alla dichiarazione di incostituzionalità del reato di adulterio.

Anche se meno note, le due sentenze che completano il blocco (127/1968 e 147/1969) non sono meno significative. In esse la riflessione si articola ulteriormente.

La prima (127/1968) ribadisce come la disparità di trattamento tra i coniugi non possa trovare alcuna giustificazione e fondamento nelle esigenze della unità familiare; il ragionamento sulla coerenza necessaria del sistema normativo porta ad esigere corrispondenza tra l'obbligo di fedeltà che l'art. 143 c.c. impone ad entrambi i coniugi e gli effetti della sua violazione, non solo nel sistema penale, ma anche nel regime della separazione: non è, infatti, ammissibile che qualsiasi infedeltà della moglie costituisca causa di separazione, mentre quella del marito lo divenga solo se notoria e scandalosa. Altrettanto significativo è il ripensamento della prospettiva morale, che era stata svalutata e trattata come irrilevante nella sentenza n. 64/1961, e che viene ora pienamente valorizzata nell'affermazione che «*le strutture giuridiche del matrimonio*» debbono ispirarsi alla «*pari dignità di entrambi i coniugi*» che deriva dalla loro uguaglianza anche morale.

Coerentemente, anche il rapporto tra la struttura sociale e il diritto ne viene ridisegnato: l'ordinamento non si limita a fotografare, ma conforma la coscienza sociale; afferma la sentenza: «*lo Stato non può avallare o, addirittura, consolidare col presidio della legge (la quale, peraltro, contribuisce, essa stessa, in misura rilevante alla formazione della coscienza sociale) un costume che risulti incompatibile con i valori morali*».

A questo emergere progressivo di una più chiara consapevolezza del ruolo delle norme costituzionali nel disegno della struttura di genere contribuiscono anche le sollecitazioni provenienti dai giudici *a quibus*. Il *revirement* sul reato di adulterio era stato sollecitato dalle argomentazioni volte ad ancorare la ragionevolezza delle differenziazioni ad elementi materiali, sottraendole alla contingenza delle valutazioni sociali, a restringere la giustificabilità delle differenziazioni in base al sesso in uno scrutinio particolarmente rigoroso della loro necessità, a proporre una lettura aggiornata della coscienza sociale; nella sentenza n. 127/1968 è l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Genova che rimarca, con ampio richiamo dei lavori dell'Assemblea costituente, la funzione *proiettiva*, di trasformazione sociale, delle norme costituzionali che intendono ribaltare la discriminazione tradizionale tra uomo e donna.

A monte della sentenza n. 147/196 (quarta e ultima sentenza del blocco sull'adulterio), ben cinquantuno ordinanze di rimessione spingono ad una complessiva riconsiderazione anche delle disparità che sopravvivevano nella normativa penale, che, pur cancellato dalla sentenza n. 126/1968 il reato di adulterio della moglie, manteneva la diversa configurazione del reato di relazione adulterina (comunque illecita) per la moglie e di concubinato per il marito (reati che vengono entrambi dichiarati incostituzionali). Come già nella sentenza del *revirement* (126/1968), la Corte continua a ricondurre il contrasto alla violazione dell'art. 29 e non all'art. 3 Cost.; ma risulta più chiaro che il riferimento privilegiato all'art. 29 serve per liberarsi da un certo "relativismo" insito nel ragionamento che configura il principio di uguaglianza *ex art. 3* come un semplice divieto di discriminazioni *arbitrarie*, assegnando al legislatore un ruolo sostanzialmente autoreferenziale nel rilevare somiglianze e differenze in base alle quali tratteggiare le norme (nella misura in cui il successivo scrutinio del giudice costituzionale non è inteso e praticato come un controllo *stretto*, bensì come *deferente*, volto a sindacare solo l'evidente irragionevolezza delle scelte legislative).

Rispetto alla sentenza capostipite del blocco, la funzione del riferimento all'*unità familiare* risulta completamente ridefinita: se nel 1961 serviva, in parallelo con la qualificazione di "naturale" riferita alla famiglia, ad agganciare indissolubilmente la struttura della famiglia alla tradizione patriarcale, ora la tutela dell'unità familiare deve necessariamente coordinarsi con il principio di uguaglianza, pienamente valorizzato nella consapevolezza della funzione trasformativa delle norme sull'uguaglianza di genere (ancora più nettamente emergente che nella sentenza 127): il dato sociale non va neppure interrogato, posto che il principio costituzionale sopravvenuto alla disciplina codicistica impone la piena uguaglianza.

10. Postilla di aggiornamento: la sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale

La Corte costituzionale si è espressa l'11 giugno 2014 sul caso Bernaroli, adottando una complessa sentenza di accoglimento manipolatoria (sentenza n. 170/2014)³⁸.

³⁸ Tra i primi commenti, si vedano: B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it; 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; P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014* in forumcostituzionale.it, 2014; C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in www.confrontocostituzionali.eu, 2014; A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condi-*

La pronuncia riconosce che la sentenza di rettificazione ha effetto caducatorio del matrimonio respingendo il dubbio di legittimità della Corte di cassazione, ma la conformità a costituzione della legge sul transessualismo sul punto risulta legata ad una precisa condizione: che ai coniugi – che subiscono il divorzio coattivo – sia garantita la possibilità di mantenere in vita una “convivenza registrata”. Ad essere colpita dalla dichiarazione di incostituzionalità è, infatti, precisamente l’assenza di tale possibilità: gli artt. 2 e 4, legge n. 164/1982 sono incostituzionali «*nella parte in cui non prevedono che la sentenza consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore*».

Le disposizioni contestate escono, di conseguenza, dal giudizio costituzionale con una portata normativa e un’estensione diverse da quelle originarie: il contenuto nuovo, aggiunto come costituzionalmente dovuto, è costituito dalla possibilità di convertire il matrimonio in una “convivenza registrata”, trasformando il legame originariamente configurato come matrimonio in un diverso istituto a cui viene attribuita una precisa fisionomia (una forma di *rapporto di coppia giuridicamente regolato etc.* ...).

Nel contempo, la sentenza conferma e ribadisce nettamente l’incorporazione del paradigma eterosessuale nella nozione di matrimonio «*presupposta dal costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.)*»: rinviando ampiamente e testualmente al precedente della sentenza n. 138/2010, esclude che il parametro di riferimento della fattispecie in esame possa essere l’art. 29 ed indirizza la questione esclusivamente entro i binari della protezione offerta dall’art. 2.

Ad una prima lettura, restano molte le domande sollevate dall’ordinanza di rimessione – e, più in generale, suscitate dal caso Bernaroli³⁹ – che restano inevase.

Prima fra tutte quella sulla tutela dell’unità familiare, espressamente esaminata nei paragrafi precedenti di questo scritto e trascurata, invece, nello sviluppo della motivazione adottata dalla Corte costituzionale: è davvero accettabile che ai coniugi – che hanno interpretato la situazione determinata dalla rettificazione di sesso di uno di loro come compatibile con la conservazione del legame coniugale – venga sottratta l’autonoma valutazione del perdurare dell’*unità familiare*? Come si può giustificare convincentemente che dai diritti della famiglia fondata sul matrimonio, che l’art. 29 riconosce, vengano esclusi proprio i diritti di autodeterminazione dei

zione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014), in *www.giurcost.org*, Studi, 2014.

³⁹ Un’ampia trattazione delle questioni sollevate dall’ordinanza di rimessione n. 14329/13 della Corte di cassazione, con rimandi bibliografici e giurisprudenziali, si trova nel primo numero di *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, 1/2014, interamente dedicato alla questione e intitolato *Mutamento di sesso e divorzio imposto: il diritto all’identità di genere e al matrimonio*.

coniugi in ordine alle esperienze e possibilità di vita da condividere sul piano della identità sessuale?

Rimane incerta anche la disciplina della “convivenza registrata”, sulla quale la Corte chiama il legislatore ad intervenire «*con la massima sollecitudine*»: quanto pesa la specificità di condizione della coppia coniugata divenuta *same-sex* (rimarcata «*in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio*»)? Quanta differenza di trattamento è richiesta rispetto al matrimonio? E quanto potrà e/o dovrà essere diversa anche dalla forma di convivenza registrata di coppie eterosessuali o di coppie sin dall’origine *same-sex*? In quale punto del *continuum* tra la massima protezione giuridica (matrimonio) e l’assoluta indeterminatezza (situazione riconosciuta incostituzionale) appare ragionevole collocare la condizione dei/delle già coniugi? Quale quantità e forma di “degradazione giuridica” – perché non si può dubitare del fatto che una degradazione giuridica avvenga – è accettabile senza mettere in discussione la pari dignità sociale?

Altre questioni ancora riguardano la posizione della sentenza n. 170 nello sviluppo della giurisprudenza costituzionale. In rapporto con la sentenza n. 138/2010, si deve valutare se l’interpretazione dell’art. 29 sia stata indirizzata in senso più nettamente essenzialista (e, dunque, l’eterosessualità costituisca un carattere originario del matrimonio *che non può mutare*) o se resti valida quell’interpretazione di tipo *sistematico-tradizionalista* che, come sopra ricordato, una parte della dottrina e la stessa Corte di cassazione avevano colto nella 138 (secondo la quale il significato della parola e la nozione giuridica di matrimonio accolti *dal costituente* nell’art. 29 Cost. vengono ricavati dal significato – storicizzato – attribuito al matrimonio *dal legislatore* al momento dell’adozione da parte dell’Assemblea costituente e, di conseguenza, *possono mutare, purché per volontà espressa del legislatore*). Ma è anche necessario rimeditare il rilievo dell’argomento della funzione riproduttiva (esplicitamente presente nella 138, anche se non apertamente ripreso nella 170), in riferimento alla sentenza n. 162/2014 sulla fecondazione eterologa, nella quale si legge che «*la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli*».

Il primo e più urgente nodo da sciogliere resta, però, quello relativo agli effetti della sentenza sul giudizio *a quo* (e su casi analoghi, non impossibili, per quanto certamente rari): quale dovrà essere la sorte della coppia mentre il legislatore elabora la definizione della disciplina della convivenza registrata? Che ne è del matrimonio per il tempo che sarà comunque necessario al legislatore per statuire le modalità che consentano comunque ai coniugi di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata (un tempo ancora massimamente incerto)?

La Corte costituzionale ha espressamente escluso la possibilità di sostituire il divorzio imposto con un divorzio a domanda, perché ciò comporterebbe il perdurare del vincolo tra soggetti dello stesso sesso in contrasto con l’art. 29 Cost. (che la Corte ha ribadito deve essere interpretato alla luce del codice civile, che presuppone

ne l'eterosessualità come requisito essenziale); nello stesso tempo, e altrettanto chiaramente, la Corte ha riconosciuto, con tutta la forza di un dispositivo di accoglimento, che sarebbe contrario a costituzione consentire il passaggio da uno «*stato di massima protezione giuridica*» (il matrimonio) ad una condizione di «*assoluta indeterminatezza*» (l'attuale condizione delle coppie *same-sex*). La legge sul transessualismo, agli artt. 2 e 4, arreca un *vulnus* al precetto dell'art. 2 Cost. a causa dell'assenza di un adeguato bilanciamento (o meglio, di un bilanciamento *tout court*) tra l'interesse in capo allo stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio e l'interesse della coppia divenuta *same-sex* che reclama di essere tutelata come «*forma di comunità*» connotata dalla «*stabile convivenza tra due persone*»; perciò la sentenza ha dichiarato l'illegittimità delle norme che dispongono lo scioglimento senza prevedere la possibilità di mantenere in vita una adeguata convivenza registrata; ma la «convivenza registrata» indicata (creata) dalla giurisprudenza costituzionale come condizione per evitare l'illegittimità dello scioglimento automatico del matrimonio è un contenitore vuoto sino che il legislatore non ne definisce la disciplina.

Tutto ciò rende particolarmente delicato il compito della Corte di cassazione, giudice *a quo* nelle cui mani è rimessa la tutela della coppia nelle more della realizzazione della condizione indispensabile affinché lo scioglimento automatico sia applicabile (la disciplina legislativa della *convivenza registrata*).

La Corte di cassazione non può limitarsi a riconoscere l'avvenuto scioglimento (per effetto della sentenza di rettificazione, confermando la sentenza impugnata della Corte d'appello) lasciando la coppia in attesa del verificarsi di una condizione (una legge sulla convivenza registrata) il cui avverarsi è rimesso al legislatore: così facendo, infatti, non solo si troverebbe ad applicare la norma dichiarata incostituzionale (gli artt. 2 e 4 della legge sul transessualismo nella parte in cui prevedono lo scioglimento del matrimonio non accompagnato dalla convertibilità in convivenza registrata), ma produrrebbe anche quella violazione dell'art. 2 Cost. che la sentenza costituzionale intende evitare, perché la condizione della coppia verrebbe degradata dallo stato coniugale (massima protezione giuridica) ad una condizione di massima indeterminatezza.

D'altra parte, la Corte di cassazione non sembra nelle condizioni di operare direttamente la conversione del matrimonio in una convivenza registrata, posto che tale istituto – indicato come necessario dalla giurisprudenza costituzionale – appare assai difficilmente surrogabile per analogia: sia per le difficoltà sostituire con una sentenza gli effetti di una registrazione (certificazione di una determinata condizione giuridica), sia perché la struttura dei diritti e doveri che definiscono quella specifica condizione giuridica ha confini assai ampi e persino sfuggitivi.

Una via d'uscita può essere suggerita considerando il fatto che la Corte costituzionale, pronunciando una sentenza di illegittimità costituzionale nella forma di una sentenza additiva, ha compiuto una scelta specifica e caratterizzata, adottando una tipologia di pronuncia che differisce dal mero monito e che ha la capacità di pro-

durre effetti più diretti ed incisivi sul giudizio *a quo*. Per quanto la sentenza n. 170 non sia in grado di creare una regola auto-applicativa (additiva di regola), perché la configurazione della «convivenza registrata» necessita dell'intervento del legislatore, essa esprime, tuttavia, più di un mero indirizzo di legislazione futura (additiva di principio): al legislatore è assegnato il compito di individuare i confini ed i contenuti di un *nuovo istituto*, che viene precisamente identificato nella «convivenza registrata» e che risulta parzialmente determinato nella sua configurazione, in quanto dovrà tutelare «*adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima*» (è stato creato un nuovo tipo di additiva di istituto).

Questa scelta sembra, del resto, porsi come un seguito specifico del richiamo rivolto al Parlamento dal Presidente della Corte costituzionale Franco Gallo, nella *Relazione* presentata il 12 aprile 2013 in una riunione straordinaria, appositamente convocata alla presenza del Presidente della repubblica, dei Presidenti delle Camere e del Governo proprio per rappresentare «*alcuni problemi istituzionali e ordinamentali*»; in quella occasione era stato apertamente sottolineato che le esortazioni della Corte al legislatore «*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*» ed era stata richiamata espressamente la sentenza n. 138/2010, ricordando come essa avesse «*affidato al Parlamento la regolamentazione della materia nei modi e nei limiti più opportuni*», aggiungendo anche che, quando già era accaduto che il Parlamento non avesse dato seguito ad analoghi inviti, la Corte si era vista costretta a dichiarare, quando fosse stato possibile, l'illegittimità costituzionale delle norme non emendate.

Se la dichiarazione di illegittimità rende impossibile applicare la norma sullo scioglimento automatico del matrimonio in quanto non sia accompagnata dalla possibilità di «transito» della coppia in una dimensione giuridicamente caratterizzata come convivenza registrata e se, contemporaneamente, non è possibile configurare tale dimensione per analogia o con il ricorso ai principi dell'ordinamento (perché le scelte nella materia sono riservate al legislatore), il giudice *a quo* dovrà constatare che gli artt. 2 e 4, legge n. 164/1982 non possono, allo stato, produrre gli effetti propri dello scioglimento, *che si potranno verificare solo nel momento in cui il legislatore renderà possibile la conversione del matrimonio in una convivenza registrata*: il matrimonio, dopo la rettificazione e per effetto della rettificazione, risulta sottoposto ad una condizione risolutiva, destinata a verificarsi nel momento in cui il legislatore avrà realizzato la condizione pretesa dalla sentenza n. 170 come contenuto necessario della norma (entrata in vigore della disciplina legislativa della convivenza registrata).

È vero: accertando che lo scioglimento si produce come effetto necessario della rettificazione, ma differendone gli effetti al momento in cui sarà presente la condizione che consente l'applicazione della norma senza incorrere nel vizio di incostituzionalità, non si realizza la coincidenza temporale tra (passaggio in giudicato del-

la) sentenza di rettificazione e scioglimento di un matrimonio divenuto tra persone dello stesso sesso (matrimonio che la Corte costituzionale ha detto essere, proprio per questo motivo, in contrasto con l'art. 29 Cost., che ha incorporato il paradigma eterosessuale). D'altra parte, non si può dire che il matrimonio semplicemente prosegue come se la rettificazione non fosse in grado di incidere su di esso: il matrimonio viene sottoposto ad una condizione risolutiva e la condizione delle coniugi viene profondamente trasformata, proiettandosi verso una condizione di diversa e minore tutela giuridica ed entrando sin da subito in una dimensione di precarietà (aspetti che incidono profondamente sulla dignità delle persone coinvolte e che, a mio avviso, impongono una valutazione molto critica della soluzione adottata dalla Corte costituzionale, sulla sarà indispensabile tornare in altra sede).

Muovendo nella direzione indicata, la Corte di cassazione conseguirebbe il duplice risultato di evitare di applicare la norma dichiarata incostituzionale ed insieme garantire l'applicazione della norma creata dalla sentenza additiva *per quanto è, allo stato, possibile*. L'integrale applicazione della norma formulata nella sentenza additiva, per ottenere la quale non può prescindersi dalla necessaria cooperazione da parte del legislatore, non ne risulterebbe in alcun modo pregiudicata, ma solo rinviata nel tempo sino al verificarsi della condizione.

E il legislatore ne sarebbe, probabilmente, ulteriormente stimolato.

BIBLIOGRAFIA

- BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Giappichelli, Torino, 2003.
- BONILINI G., *Rettificazione di attribuzione di sesso, e scioglimento del matrimonio ai sensi dell'art. 31, d. lgs. n. 150/2011*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 12, p. 805.
- BRUNELLI G., *Pari opportunità elettorali e ruolo delle regioni*, in B. PEZZINI (a cura di), *Diritti sociali tra uniformità e differenziazione. Legislazione e politiche regionali in materia di pari opportunità, previdenza e lavoro dopo la riforma del titolo V*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 53.
- BRUNELLI G., *Minoranze sociali, norme discriminatorie e funzione del giudice costituzionale*, in BIN R., BRUNELLI G., GUAZZAROTTI A., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 45.
- BRUNELLI G., *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.
- CRISAFULLI V., *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 861.
- DEFFENU A., *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Giappichelli, Torino, p. 2012.
- DE SIERVO U., *La mano pesante della Corte sulle "quote" nelle liste elettorali*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3268.

- GIANFORMAGGIO L., *La promozione della parità di accesso alle cariche elettive in Costituzione*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 74 s.
- GIGANTE M., (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.
- LECIS A.M., *Sul mariage homosexuel deciderà il legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II, 2011, p. 457.
- LORENZETTI A., *Il caso Bernaroli. Quali soluzioni per un sistema "incartato"?*, in G. VIDAL MARCÍLIO POMPEU, F. FACURY SCAFF (org.), *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, Conceito Editorial, Florianópolis/SC, Brazil, 2012, p. 363.
- LORENZETTI A., *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano, 2013.
- MARTINES T., *Art. 56*, in *Commentario Branca. Le Camere*, tomo I, Zanichelli-Il Foro it., Bologna-Roma, 1984.
- MASTROMARTINO F., *Il matrimonio conteso. le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013.
- PALICI DI SUNI E., *Tra parità e differenza. Dal voto alle donne alle quote elettorali*, Giappichelli, Torino, 2004.
- PEZZINI B., *Principio costituzionale di uguaglianza e differenza tra i sessi*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 51.
- PEZZINI B., *Il riequilibrio di genere nella legislazione elettorale*, in R. D'ALIMONTE, C. FUSARO (a cura di), *La legislazione elettorale italiana. Come migliorarla e perché*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 111 ss.
- PEZZINI B., *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 799.
- PEZZINI B., *Costruzione del genere e costituzione*, in B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole, Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, vol. I, *Studi*, Bergamo University Press, Bergamo, 2012, p. 15.
- PEZZINI B., (a cura di), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere, Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, vol. II, *Lezioni, Casi, Materiali*, Bergamo University Press, Bergamo, 2012.
- PEZZINI B., *Del sesso, del genere e del "mestiere di vivere": cosa c'è di nuovo nella questione dello scioglimento automatico del matrimonio della persona transessuale che ha ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso*, in *Studi Rossano*, vol. II, Jovene, Napoli, 2013, p. 733.
- PEZZINI B., *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 2014.
- PIZZORUSSO A., ROSSI E., *Le azioni positive in materia elettorale*, in *Donne in quota*, a cura di B. BECCALLI, Feltrinelli, Milano, 1999, p. 278.
- POTOTSCHNIG U., *Art. 97 [e 51]*, in *Commentario Branca. La Pubblica Amministrazione*, Zanichelli-Il Foro it., Bologna-Roma, 1984.
- PUGIOTTO A., *Una lettura non reticente della sent. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in forumcostituzionale.it, 2010.

- ROMANELLI R., *Circa l'ammissibilità delle donne al suffragio politico nell'Italia liberale. Le sentenze pronunciate dalla magistratura nel 1905-1907*, in P. PEZZINO, G. RANZATO (a cura di), *Laboratorio di storia. Studi in onore di Claudio Pavone*, Franco Angeli, Milano, 1994, p. 127.
- RUGGERI A., *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 www.giurcost.org, Studi, 2014.
- SALAZAR C., *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in www.confronti costituzionali.eu, 2014.
- SPADARO A., *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolvibile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?* in forumcostituzionale.it, 2013.
- STANZIONE P., *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge 164/82*, in *Dir. famiglia*, 2009, 02, p. 713.
- TINCANI P., *Matrimonio omosessuale, se il codice civile prevale sulla Costituzione*, in www.micromega-online.it, 22 aprile 2010.
- TORINO R., (a cura di) *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, edizioni RomaTrE– Press, Roma, 2013.
- VERONESI P., *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in forumcostituzionale.it, 2014.

