

La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale

Autore: **Barbara Pezzini**

17 giugno 2014

La Corte costituzionale si è espressa sulla questione dello scioglimento automatico del matrimonio precedente la rettificazione di sesso di uno dei coniugi, con una complessa sentenza di accoglimento manipolatoria (sent. 170/2014, motivazione depositata il giorno stesso della sua deliberazione).

Viene riconosciuto l'effetto caducatorio del matrimonio ad opera della sentenza di rettificazione, la cui legittimità era stata messa in dubbio, ma la conformità a costituzione 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 negli articoli 2 e 4 della legge sul transessualismo (incostituzionali *nella parte in cui non prevedono che la sentenza consenta di mantenere in vita ecc.*).

Le disposizioni contestate escono dal giudizio costituzionale con una portata normativa ed un'estensione diverse da quelle originarie: il contenuto nuovo, aggiunto come costituzionalmente dovuto, è rappresentato dalla possibilità di convertire il matrimonio in una “convivenza registrata” (trasformando il legame originariamente configurato come matrimonio in una forma di *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*). La sentenza additiva impone qualcosa che pur non essendo una regola auto-applicativa, esprime più di un principio e di un indirizzo di legislazione futura, assegnando al legislatore il compito di individuare i confini ed i contenuti di un istituto determinato.

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.)*” (par. 5.2): rinviando ampiamente e testualmente al precedente della sentenza 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.

A prima lettura, sono molte le domande che restano inevase [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*].

Alcune delle questioni che dovranno essere riesaminate criticamente riguardano lo sviluppo della motivazione: è davvero così irrilevante l'autonomo profilo del diritto di difesa -del transessuale e del coniuge-, sul quale l'ordinanza di rimessione aveva ampiamente argomentato e che viene liquidato in poche battute (par. 5.4) ? è 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 accettare che dai diritti della famiglia fondata sul matrimonio, che l'art. 29 riconosce, vengano esclusi i diritti di autodeterminazione dei coniugi in ordine alle esperienze e possibilità di vita da condividere sul piano della identità sessuale ?

Altre questioni concernono 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 nel par. 5.6: "*in ragione del progresso 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- non mette in discussione la pari dignità sociale ?

Altre questioni ancora riguardano la posizione della sentenza 170 nello sviluppo della giurisprudenza costituzionale: qual è il rapporto con la sentenza 138/2010 ? l'interpretazione dell'art. 29 è stata indirizzata in senso più nettamente essenzialista (e l'eterosessualità del matrimonio ne costituisce un'origine che non può mutare) o resta quella che molti di noi avevano colto nella 138 (e condivisa dalla Corte di cassazione), di

tipo *sistematico-tradizionalista* (nel senso che 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 possono mutare, purché per volontà espressa del legislatore) ? per non dire della spendibilità dell'argomento della funzione riproduttiva (presente nella 138, anche se non apertamente ripreso nella 170) dopo la sentenza 162/2014 sulla fecondazione eterologa, nella quale si legge che “*la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli*” ...

Mi sembra però prioritario affrontare il nodo relativo agli effetti della sentenza sul giudice *a quo* (e sui giudici di casi analoghi, non impossibili, per quanto rari [in generale, sulla condizione giuridica delle persone transessuali, v. Anna Lorenzetti, *Diritti in transito*, FrancoAngeli, Milano, 2013]).

La scelta di non limitarsi a ribadire il monito già formulato nella 138/2010 e di adottare una sentenza manipolativa, tanto più collegata al richiamo espresso in materia da parte del presidente Gallo nella riunione straordinaria del 12 aprile 2013, esprime una consapevole opzione della Corte costituzionale verso uno strumento decisorio più efficace, direttamente produttivo di effetti sull'ordinamento, nella misura in cui la norma dichiarata incostituzionale *cessa di essere applicabile*

Anche se l'invenzione giurisprudenziale della “convivenza registrata” appare un contenitore vuoto, sino che il legislatore non ne avrà definita la disciplina, 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: il giudice *a quo* –se non gli è possibile configurare, per analogia o con il ricorso ai principi dell'ordinamento, tale dimensione perché le scelte nella materia sono riservate al legislatore- dovrà limitarsi a constatare che gli artt. 2 e 4 l. 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. Nella prospettiva del caso da cui origina il giudizio di costituzionalità, la sentenza 170 sottopone il matrimonio della persona transessuale ad una condizione risolutiva, destinata a prodursi quando il legislatore avrà realizzato la condizione pretesa dalla sentenza 170 come contenuto necessario della norma.

Sullo sfondo resta la condizione di due persone, già unite in una condizione di massima protezione giuridica (il matrimonio), che vengono sospinte in una dimensione di precarietà

il cui unico orizzonte resta l'approdo ad una condizione di incerta e minore tutela giuridica: non possiamo evitare di chiederci se questo sia un prezzo accettabile, a fronte dell'esercizio di un diritto fondamentale come quello relativo all'identità sessuale, e quanto profondamente incida sulla pari dignità sociale delle persone.