

Transgender e scioglimento coatto del rapporto coniugale: quando i casi di scuola diventano realtà

di **Cassandra Battiato** - *Dottoranda di ricerca in "Giustizia costituzionale e diritti fondamentali" - Università di Pisa.*

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Il caso. – 3. L'ordinanza n. 14329/2013, il quadro normativo di riferimento e i dubbi di legittimità costituzionale. – 4. Rettificazione di sesso, divorzio imposto e paradigma eterosessuale: la parola alla Corte Costituzionale. – 4.1. Segue: alcune considerazioni critiche alla sentenza la n. 170 del 2014. – 5. Quali altre possibili soluzioni? Come la Corte avrebbe potuto (e forse dovuto) decidere. – 6. Osservazioni conclusive.*

1. Premessa

Con la sentenza n. 170 del 2014 la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del c.d. divorzio imposto ossia dell'automatico scioglimento del matrimonio a seguito della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi anche nell'ipotesi in cui gli stessi vogliano continuare ad essere legati dal vincolo matrimoniale.

La Corte, affermata la sussistenza del divorzio automatico a seguito del mutamento del genere anagrafico di uno dei nubendi dato il carattere necessariamente eterosessuale del matrimonio, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'omissione del legislatore che non ha previsto l'istituto giuridico della convivenza registrata.

La decisione in commento è interessante per più di un aspetto.

In primo luogo perché ricade su un tema – il matrimonio tra persone del medesimo sesso – complesso e al centro del dibattito politico da molti anni.

In secondo luogo perché la tipologia di decisione adottata dai giudici costituzionali lascia aperti molteplici interrogativi in ordine agli effetti sul giudizio in corso.

Interessante, da ultimo, perché ha origine da una vicenda del tutto particolare e infrequente, trattandosi di valutare la legittimità costituzionale non del matrimonio di una coppia *same sex* di tipo *ex ante* ma bensì del matrimonio di una coppia *same sex* di tipo *ex post*.

Vista la peculiarità della vicenda in esame è opportuno ricordarne i tratti salienti.

2. Il caso

I protagonisti della vicenda, i coniugi Bernaroli, si sono regolarmente e validamente sposati nel 2005 con rito concordatario. Successivamente alla conclusione del matrimonio uno dei due coniugi, presa coscienza della maturata dissociazione tra il proprio sesso biologico e l'identità di genere, ha deciso di dar corso alla riattribuzione di sesso (*male to female*).

In tale difficile *iter* (medico e psicologico) l'uomo è stato assistito dalla moglie che ne ha compreso le scelte e ha deciso di dargli il proprio appoggio e la propria comprensione.

A conclusione del percorso intrapreso dal Bernaroli, con sentenza n. 23 del 2009 il Tribunale di Bologna ha disposto la rettificazione del genere anagrafico, attribuendo al ricorrente il sesso femminile invece di quello maschile e modificandone il prenome. Conseguentemente il Tribunale ha ordinato all'ufficiale di stato civile del comune di Mirandola l'annotazione nell'atto di nascita sia del cambio di nome sia del genere anagrafico *ex art. 2, legge n. 164/82*. Nulla ha disposto invece sul vincolo matrimoniale.

Nonostante l'assenza di domande di parte e di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'ufficiale di stato civile del Comune di Finale Emilia, sull'assunto che la sentenza di rettificazione di sesso anagrafico avesse prodotto automaticamente la cessazione del vincolo matrimoniale, ha provveduto *motu proprio* all'annotazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio con effetto retroattivo, cioè dal momento della dichiarazione di cambiamento di sesso, apponendo a margine dell'atto matrimoniale la seguente formula: «*la sentenza sopra menzionata ha prodotto ai sensi dell'art. 4, legge n. 164/82, la cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui all'atto controscritto a far data dal 29.6.2009, così come previsto al paragrafo 11.5 del nuovo massimario dello stato civile*».

I coniugi, intenzionati a mantenere il loro vincolo coniugale, hanno fatto ricorso al Tribunale di Modena *ex art. 95, ord. st. civ.*¹, chiedendo la cancellazione dell'annotazione sull'assunto che la medesima fosse stata effettuata *contra legem*, poiché possono essere annotate solo le pronunce giudiziarie e, nel caso di specie, non vi era alcuna sentenza di divorzio².

Il Tribunale di Modena, con decreto del 28 ottobre 2010³, ha accolto il ricorso promosso dalle Bernaroli e ha ordinato la cancellazione della predetta annotazione apposta dall'ufficiale di stato civile sull'atto di matrimonio ritenendola illegittima in assenza di una qualsiasi disposizione di legge che la preveda o di un provvedimento giudiziario che la disponga *ex art. 102, d.p.r. n.*

¹ L'art. 95, comma primo, del d.p.r. n. 396 del 3.11.2000 stabilisce che «*Chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omissivo o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento*».

² Secondo la parte ricorrente la cessazione del vincolo coniugale avrebbe dovuto esser pronunciata con sentenza emessa quale esito di un regolare procedimento di divorzio, attivabile, come per tutte le cause che ammettono al divorzio, su domanda di parte.

³ Tribunale di Modena, II sez. civile, decreto 27 ottobre 2010 in *Fam. pers. succ.*, 2011, 1, 72, con nota di Costanzo.

396/2000. Senza prendere posizione sulla questione degli effetti della sentenza di rettificazione del sesso sul matrimonio dei ricorrenti perché ritenuta “ininfluente” ed estranea all’oggetto del procedimento *ex art. 95, ord. st. civ.*, i giudici modenesi hanno affermato che la legge contempla esclusivamente l’annotazione di provvedimenti giudiziari di rettificazione, mentre «alcuna annotazione è prevista in ordine allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio né alcun onere in tal senso è previsto dall’art. 4 della citata legge». In conclusione, secondo la Corte, nella norma si parla dell’annotazione della “sentenza” che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, “sentenza” che però, nel caso di specie, non esiste e non è stata pronunciata.

Il Ministero dell’Interno ha impugnato la decisione dinanzi la Corte d’appello di Bologna che, con decreto del 4 febbraio 2011⁴, ha riformato integralmente la sentenza del primo grado di giudizio.

Il giudice del gravame ha ritenuto legittima l’impugnata annotazione perché effettuata nel sistema unico integrato dello Stato Civile e in ragione dell’art. 69, d.p.r. n. 396/2000 secondo cui i cambiamenti di nome e sesso vanno annotati non solo nell’atto di nascita ma anche in quello di matrimonio. Inoltre, ha aggiunto la Corte, la sussistenza nel nostro ordinamento del c.d. paradigma eterosessuale del matrimonio (la diversità sessuale dei coniugi) non può soffrire alcuna eccezione, neppure a carattere meramente temporaneo, come invece potrebbe accadere laddove si subordinasse la cessazione del vincolo matrimoniale alla proposizione di domande di parte o ad un provvedimento giudiziale e senza ricondurlo in via immediata al provvedimento mediante il quale si dispone la rettificazione del genere anagrafico. Di talchè, hanno concluso i giudici, ha correttamente agito l’ufficiale di stato civile nel disporre l’annotazione di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio poiché l’art. 4 della legge n. 164/1982 prevede l’automatico scioglimento del legame matrimoniale a seguito della sentenza di rettificazione di sesso di uno dei due coniugi, escludendo che la riforma del 1987 possa esplicitare sulla medesima un effetto di tipo abrogativo.

La coppia, soccombente in appello, ha proseguito il proprio *iter* giudiziario giungendo sino all’ultimo grado di giudizio.

La Corte di Cassazione, nutrendo dubbi sulla compatibilità costituzionale della normativa vigente in materia di transessualismo, con l’ordinanza n. 14329/2013⁵, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte costituzionale. Prima di esaminare la decisione del Giudice delle leggi pare opportuno premettere i passaggi argomentativi percorsi dalla Suprema Corte nell’ordinanza di rimessione.

⁴ Corte d’Appello di Bologna, decreto del 4 febbraio 2011 in *Fam. pers. succ.*, 2011, 1, 629, con nota di Costanzo.

⁵ Corte di Cassazione, I sez., ordinanza n. 14329 del 6 giugno 2013 in www.iusexplorer.it. Tra i numerosi contributi in dottrina cfr. A. SCHUSTER, *Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2014, 33, A. D’ALOIA, *Il “divorzio obbligato” del transessuale. Ancora un “incerto del mestiere di vivere” davanti alla Corte Costituzionale*, in www.confronticostituzionali.eu. e S. TALINI, *Il mutamento di sesso impone lo scioglimento del vincolo matrimoniale? La questione in una recente ordinanza di rimessione della Corte di cassazione*, in *Osservatorio AIC*.

3. *L'ordinanza n. 14329/2013, il quadro normativo di riferimento e i dubbi di legittimità costituzionale*

La Corte di Cassazione, investita del “caso Bernaroli”, ha ritenuto opportuno, per giungere alla soluzione del caso concreto, ricostruire il quadro normativo di riferimento.

I giudici di legittimità, sulla base della disciplina vigente, hanno ritenuto corretto l'operato dell'ufficiale di stato civile, limitandosi quest'ultimo, in virtù dei poteri meramente dichiarativi del quale è titolare ai sensi del d.p.r. n. 396/2000 ad attestare un effetto già prodottosi nell'ordinamento⁶.

Chiarito tale punto, la Suprema Corte ha preso le mosse dall'art. 4 della legge n. 164/1982 in materia di rettificazione di sesso che, prima della sua modifica con la legge n. 150/2011, stabiliva che la sentenza di rettificazione di sesso “provoca” lo scioglimento (o la cessazione degli effetti civili) del matrimonio. Tale disposizione, fino all'emanazione della legge n. 74/1987 (in materia di divorzio), era l'unica a disciplinare gli effetti della sentenza di mutamento di sesso sul vincolo matrimoniale e veniva interpretata nel senso che la sentenza produceva automaticamente lo scioglimento del matrimonio introducendo così l'ipotesi del cd. divorzio imposto⁷.

A tale conclusione la dottrina maggioritaria era giunta alla luce della *ratio* legislativa della legge n. 164/1982 ovvero quella di garantire al transessuale il diritto a contrarre matrimonio con soggetto di sesso opposto a quello acquisito. Tale interpretazione è confortata sia dalla pronuncia n. 161/1985 della Corte Costituzionale sia dalla giurisprudenza della Corte Edu, tutta volta a garantire il diritto al matrimonio e al rispetto della vita privata e familiare del transessuale ai sensi dell'art. 12 Cedu⁸.

Conseguentemente, ad avviso della Corte di legittimità, deve escludersi che nello spettro dei diritti riconducibili alla legge sul transessualismo sia ricompresa la scelta di conservare il precedente matrimonio perché in tale ipotesi ad essere legata rimarrebbe una coppia composta da persone del medesimo sesso.

Invero, secondo la Suprema Corte, nel bilanciamento d'interessi operato dal legislatore del 1982 (e dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 161/85) vi è «*da un lato il diritto al riconoscimento della vera identità del genere del soggetto che desidera rettificare il sesso che gli è stato attribuito alla nascita, dall'altro vi è l'interesse statuale a non modificare i modelli familiari, nonostante il potenziale sacrificio del diritto alla vita privata e familiare che tale bilanciamento determina, non ritenendosi coerente con il sistema di valori fondanti l'ordinamento costituzionale e di diritto interno (considerati al momento di entrata in vigore della legge) l'estensione del diritto all'autodeterminazione fino al punto da consentire la scelta sulla conservazione del vincolo matrimoniale precedentemente contratto secundum legem*».

⁶ P. 2 del Considerato in diritto.

⁷ Per una ricostruzione della *querelle* dottrinale in ordine alla automaticità o meno del divorzio a seguito della sentenza di rettificazione di sesso laddove nessuno dei due coniugi abbia intenzione di sciogliere il vincolo matrimoniale cfr. M. BALBONI, M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere: “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, in *Rivista GenIUS*, n.1/2014, 6.

⁸ Cfr., *ex multis*, Corte Edu, 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*.

Di conseguenza una corretta interpretazione della disciplina in materia di transessualismo inevitabilmente conduce all'operatività *ope legis* della causa di scioglimento del matrimonio a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del genere anagrafico.

Siffatta interpretazione, secondo la Corte, non muterebbe neanche a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 74/87 in materia di divorzio⁹.

L'art. 7 della legge n. 74/87 ha modificato l'art. 3 della legge n. 898/70 introducendo una ulteriore ipotesi di scioglimento del matrimonio ovvero quella relativa al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso (art. 3, comma quarto, lett. g). Tuttavia la formulazione della disposizione si apre con la locuzione secondo la quale lo scioglimento del matrimonio può essere "domandato" da uno dei coniugi cosicché potrebbe ingenerarsi la convinzione che il divorzio non operi *ope legis* a seguito della sentenza di rettificazione del genere anagrafico ma derivi da istanza di parte, tenendo conto anche del fatto che l'art. 4 della legge n. 164/82 sancisce l'applicabilità della legge n. 898/70 e succ. mod. e quindi anche della legge n. 74/87 e tenendo conto anche del fatto che tutte le ipotesi contenute nell'art. 3 della legge n. 898/70 richiedono una pronuncia giudiziale e un'iniziativa di parte.

Tale convinzione – sempre seguendo il ragionamento della Suprema Corte - deve respingersi alla luce dell'esame della novella e della relazione illustrativa poichè con la legge n. 74/87 non si è voluto innovare in ordine ai modelli familiari preesistenti ma solo razionalizzare il sistema, in particolar modo creando procedimenti più snelli e veloci¹⁰.

Confutata poi la tesi che riterrebbe opportuna una pronuncia di scioglimento del matrimonio da adottarsi unanimemente alla sentenza di rettificazione, la Corte di cassazione ha affermato che la tesi del c.d. divorzio imposto regge anche di fronte alla nuova disciplina del procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso introdotta dal d. lgs. n. 150/2011. L'art. 31 del citato decreto stabilisce infatti che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso "determina" (e non "provoca") lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, sottolineando l'automatismo e l'operatività *ope legis* dell'effetto solutorio sul vincolo matrimoniale preesistente.

Date queste premesse i giudici di legittimità concludono affermando che *«la scelta del legislatore risulta univocamente quella di aver introdotto una fattispecie di divorzio imposto ex lege che non richiede, al fine di produrre i suoi effetti, una pronuncia giudiziale ad hoc, salva la necessità della tutela giurisdizionale limitatamente alle decisioni relative ai figli minori»*.

Benché giunta a tale conclusione la Corte, dubitando della legittimità costituzionale della disposizione di legge che prevede l'ipotesi del cd. divorzio imposto, ha sospeso il giudizio *a quo* e rimesso la questione alla Corte Costituzionale.

⁹ Sul punto cfr. S. GROSSO, *Lo scioglimento automatico del matrimonio a seguito di rettifica di sesso nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale: "soluzione obbligata" o pilatesca?* in www.forumcostituzionale.it.

¹⁰ La legge n. 74/1987 ha infatti esteso l'applicazione del rito camerale anche alle controversie consequenziali (relative ai figli minori o patrimoniali) allo scioglimento automatico del vincolo nell'ambito del nuovo procedimento. Lo ricorda anche la Corte di Cassazione nella p. 4 del *Considerato in diritto* a pag. 19.

La Suprema Corte ha censurato la violazione degli artt. 2, 3, 24, 29 Cost. nonché degli artt. 8 e 12 Cedu quali norme interposte sulla base degli artt. 10 e 117, comma 1, Cost¹¹.

Ad avviso della Corte remittente le disposizioni impugnate creerebbero una disparità di trattamento *ex art. 3 Cost.* tra le coppie sposate composte da un transessuale e le coppie coniugate eterosessuali poiché solo a quest'ultime sarebbe garantita la scelta di divorziare o meno, scelta invece preclusa alle prime. In particolare, se per le altre cause di scioglimento, tra l'altro più gravi (gravi condanne penali, reati sessuali, incesto, omicidio del figlio) la volontà delle parti è centrale è decisiva, nell'ipotesi di rettificazione di sesso tale volontà risulta del tutto irrilevante.

Inoltre l'operatività del divorzio automatico lederebbe il diritto delle coppie già coniugate a conservare la «*preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale*», così privando un matrimonio preesistente e validamente celebrato di qualsivoglia tutela giuridica. In tal modo si verrebbe a ledere quell'unione familiare tutelata sia dall'art. 29 Cost. che dagli artt. 8 e 12 Cedu e che ha natura di diritto fondamentale ai sensi dell'art. 2 Cost.¹²

Risulterebbe altresì violato il diritto all'autodeterminazione nelle scelte relative all'identità personale, nella quale vengono in gioco sia l'identità sessuale del transessuale sia l'identità relazionale del transessuale e del suo coniuge, rispettivamente tutelati dall'art. 2 Cost. da solo e dall'art. 2 Cost. in combinato disposto con l'art. 29 Cost.

A tali censure se ne aggiunge una terza ovvero la lesione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. in quanto a ognuno dei due coniugi, vista la cessazione *ex lege* del legame matrimoniale, sarebbe preclusa la possibilità di agire in giudizio nel procedimento di rettificazione di sesso (o in altro procedimento) per opporsi allo scioglimento del matrimonio¹³.

¹¹ Precisamente, la Corte di cassazione con l'ordinanza di rimessione n. 14329/2013 sollevava la questione di costituzionalità con riferimento ai parametri degli artt. 2 e 29 Cost., e, in qualità di norme interposte, ai sensi degli artt. 10, commi 1 e 117 Cost., degli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dell'art. 4 della legge n. 164/1982, nella formulazione anteriore alla abrogazione intervenuta per effetto dell'art. 36 del d. lgs. n. 150/11, nella parte in cui dispone che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso provoca l'automatica cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso (quale era nel caso di specie) senza bisogno di una domanda o di una pronuncia giudiziale; degli artt. 2 e 4 della medesima legge n. 164/1982, con riferimento al parametro costituzionale dell'art. 24 Cost. nella parte in cui prevedono la notificazione del ricorso per rettificazione del sesso al coniuge del richiedente senza riconoscere ai coniugi interessati il diritto di opporsi allo scioglimento del vincolo coniugale nel giudizio in questione né di esercitare il medesimo potere in altro giudizio, essendo esclusa la necessità di una pronuncia giurisdizionale della produzione *ex lege* dell'effetto solutorio in virtù del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso; dei medesimi artt. 2 e 4 rispetto all'art. 24 Cost., negli stessi termini citati al paragrafo antecedente in relazione al coniuge che ha ottenuto la rettificazione di attribuzione di sesso; da ultimo, il più volte citato art. 4 con riferimento al parametro dell'art. 3 Cost. per l'ingiustificata disparità di regime giuridico tra l'ipotesi di scioglimento automatico, operante *ex lege*, del vincolo coniugale previsto da tale norma in relazione alla legge n. 898/70, art. 3, comma 4, lett. g) e succ. mod. e le altre ipotesi previste dall'art. 3, sub. 1, lett. a), b), c) e sub. 2, lett. d).

¹² Negli stessi termini B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di fronte alla Corte Costituzionale: la questione del divorzio imposto ex lege a seguito della rettificazione di sesso (ordinanza n. 14329/13 Corte di Cassazione)* in *Rivista GenIUS*, n.1/2014, 21.

¹³ Giova aggiungere che nell'ordinanza n. 14329 del 6 giugno 2013 il giudice remittente fa altresì uso della comparazione al fine di motivare la remissione stessa. In particolare la Corte di Cassazione fa riferimento alla pronuncia n. 17849 dell'8 giugno 2006 del *Verfassungssgerichtshof* austriaco, alla pronuncia n. 10/05 del 27 maggio 2008 del

In questi termini la questione è stata sottoposta al giudizio della Corte costituzionale che, con la sentenza in commento, si è pronunciata sulle disposizioni impugnate (gli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982) che prevedono, nel caso di rettificazione legale del sesso, che il matrimonio contratto in precedenza cessi di produrre i propri effetti anche laddove i coniugi vogliano mantenere in vita il vincolo contratto.

4. Rettificazione di sesso, divorzio imposto e paradigma eterosessuale: la parola alla Corte costituzionale

A seguito dell'ordinanza di cui al paragrafo precedente la Corte costituzionale, in continuità con i suoi precedenti, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, 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 e dichiara, in via consequenziale l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150/2011, che riproduce il contenuto dell'art. 4, legge n. 164/1982¹⁴.

La Corte, condividendo l'interpretazione fatta propria dalla Corte di cassazione, ha ritenuto che, alla luce degli artt. 2 e 4 della legge sul transessualismo, la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno dei coniugi determini la caducazione automatica del matrimonio della coppia divenuta *same sex*.

Ad avviso della Corte, un matrimonio tra persone del medesimo sesso non può proseguire anche se la situazione di due persone regolarmente sposate e poi divenute del medesimo sesso anagrafico non è equiparabile ad un'unione di soggetti dello stesso sesso che intendano sposarsi poiché i primi hanno maturato una serie di diritti e obblighi specifici che meritano di essere giuridicamente tutelati e non possono essere cancellati *ex tunc*.

Bundesverfassungsgericht tedesco ed infine alla decisione *H. c. Finlandia* della Corte europea dei diritti umani. Per una compiuta analisi dell'uso della comparazione giuridica effettuata da parte dei giudici rimettenti nella vicenda in esame Cfr. G. VIGGIANI, *L'uso della comparazione come metodologia interpretativa nell'ordinanza di rimessione n. 14329/2013 della Suprema Corte di Cassazione: similarità e differenze tra il caso italiano e i casi stranieri* in *Rivista GenIUS*, n.1/2014, 114.

¹⁴ Per un commento alla decisione annotata cfr. M. DI BARI, *Commento a caldo della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?* in *osservatorio AIC*; A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)* in www.consultaonline.it e P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in www.forumcostituzionale.it (in corso di pubblicazione in "Studium Iuris", 2014).

La sentenza ha confermato l'incorporazione del paradigma eterosessuale nella nozione di matrimonio presupposta dal costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) e perciò ha escluso che il parametro di riferimento della fattispecie in esame possa essere l'articolo 29.

Si esclude la fondatezza della censura relativi agli articoli 8 e 12 della Cedu per come interpretati dalla Corte di Strasburgo e invocati quali norme interposte ai sensi della violazione degli artt. 10 e 117, comma 1, Cost. poiché *«in assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte Edu, sul presupposto del margine di apprezzamento conseguentemente loro riconosciuto, afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso»*.

Da ultimo la Corte ha ritenuto non sussistente neppure un contrasto tra la normativa presa in esame e gli artt. 3 e 24 Cost. poiché, quanto al primo parametro, *«la diversità della peculiare fattispecie di scioglimento a causa di mutamento del sesso di uno dei coniugi rispetto alle altre cause di scioglimento del matrimonio ne giustifica la differente disciplina»* e quanto al secondo parametro perché non esistendo alcun diritto della coppia a rimanere sposata non è ipotizzabile alcun *vulnus* sul piano della difesa.

Di conseguenza i giudici costituzionali hanno indirizzato la questione entro il perimetro dell'art. 2.

Riprendendo alcuni passaggi testuali della sentenza n. 138/2010, la Corte ha affermato che l'unione omosessuale rientra nella nozione di formazione sociale (contenuta nell'art. 2 Cost) alla quale spetta il diritto di vivere liberamente la propria condizione di coppia *«ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»*. Il riconoscimento delle suddette unioni spetta al Parlamento, restando comunque alla Corte Costituzionale *«la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni»*.

Fatta questa premessa la Corte ha sottolineato come il caso di specie possa rientrare in quella "specifica situazione" ove la medesima può effettuare un controllo di ragionevolezza della disciplina legislativa ovvero tra l'interesse dello Stato a mantenere fermo il paradigma eterosessuale del matrimonio e i diritti maturati dai coniugi durante la vita di coppia.

Ebbene questo contrasto di interessi, nella legge sul transessualismo, si risolve tutto a favore dell'interesse statale restando preclusa ogni forma di bilanciamento di siffatto interesse con gli interessi della coppia.

Detto ciò, ritenendo non possibile intervenire con una sentenza manipolativa che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio su istanza di parte perchè il matrimonio di cui all'art. 29 Cost. impone quale requisito immodificabile la diversità sessuale dei nubendi, ha intimato al legislatore di *«introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione di assoluta indeterminazione così da superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti»*.

Così la Corte, nella forma di una sentenza additiva di principio¹⁵, ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'assenza, negli artt. 2 e 4 della legge sul transessualismo, della possibilità data ai coniugi che subiscono il divorzio imposto di trasformare il loro precedente matrimonio in una convivenza registrata ossia un istituto volto a garantire e tutelare i diritti e gli obblighi della coppia medesima.

Rilevata tale lacuna normativa, la Corte costituzionale ha invitato il legislatore ad intervenire con la massima sollecitudine per porre rimedio all'attuale *deficit* di tutela dei diritti dei soggetti coinvolti predeterminando l'istituto a mezzo del quale il medesimo dovrà provvedere (ossia la convivenza registrata).

4.1. *Segue: alcune considerazioni critiche alla sentenza n. 170 del 2014*

La questione sottoposta al giudizio della Corte costituzionale è apparentemente risolta in favore dei ricorrenti.

Tuttavia, a ben vedere, la sentenza solleva numerose riflessioni e interrogativi.

In primo luogo viene da domandarsi quali siano gli effetti sul giudizio in corso dell'additiva di principio in epigrafe¹⁶.

Sul punto la dottrina si è divisa tra coloro che ritengono che la pronuncia annotata sortisca gli stessi effetti di una tradizionale decisione di infondatezza o inammissibilità accompagnata da un forte monito – e non quindi da una mera persuasione – nei confronti del legislatore¹⁷ e coloro che invece ritengono inapplicabili le disposizioni della legge sul transessualismo dichiarate incostituzionali fino a all'intervento del legislatore con l'introduzione delle convivenze registrate¹⁸.

Conseguentemente, tornando al quesito iniziale e senza alcuna pretesa di darvi una risposta, al giudice *a quo* spettano due alternative: data la dichiarazione d'incostituzionalità degli artt. 2 e 4 della legge sul transessualismo, dichiarare valido il matrimonio, così ammettendo un matrimonio tra persone dello stesso sesso (e quindi una soluzione in evidente contrasto con le affermazioni della Corte) oppure dichiarare sciolte le nozze perché vige il paradigma eterosessuale del matrimonio e perché la Corte non ha dichiarato incostituzionali le norme ma bensì l'assenza nel nostro ordinamento dell'istituto della convivenza registrata.

¹⁵ Su siffatte tipologie di sentenze della Corte Costituzionale cfr., *ex multis*, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENO', *Giustizia Costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, 403.

¹⁶ Il problema è affrontato da R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": la Corte costituzionale dichiara per la prima volta la incostituzionalità dell'omissione "pura e semplice" del legislatore attraverso una additiva di principio priva dell'effetto demolitorio. (Quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in corso di pubblicazione su *Foro.it*.

¹⁷ *Ex multis*, P. VERONESI., *op. cit.*, 10.

¹⁸ *Ex multis*, B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)* reperibile sul sito www.articolo29.it.

Una seconda riflessione attiene alla riaffermazione, sulla base degli stessi passaggi testuali e delle stesse argomentazioni utilizzate nella sentenza n. 138/2010¹⁹, del cd. paradigma eterosessuale del matrimonio sul presupposto che l'unico modello di matrimonio a cui l'art. 29 Cost.²⁰ conferisce tutela è quello eterosessuale e alla mancata valorizzazione della peculiarità della fattispecie in esame.

La costituzionalizzazione del paradigma eterosessuale del matrimonio ha condotto i giudici costituzionali ad assimilare tra loro due situazioni nettamente eterogenee. La situazione di due soggetti che si sono regolarmente sposati perché di sesso diverso e in siffatta condizione hanno costituito una famiglia è diversa dalla situazione di due persone dello stesso sesso che vogliono contrarre matrimonio. Orbene, sostenere che la prima situazione non può trovare tutela nell'art. 29 della nostra Carta costituzionale significa negare la *ratio* stessa della disposizione in esame ovvero quella di escludere qualsiasi intervento "autoritativo" dello Stato rispetto alle vicende interne della famiglia²¹.

Garantire alla coppia sposata di mantenere in piedi le nozze laddove successivamente uno dei due coniugi provveda alla rettificazione del genere anagrafico ben avrebbe potuto rappresentare quella "eccezione" alla regola dell'eterosessualità del matrimonio senza con ciò aprire l'istituto matrimoniale alle persone dello stesso sesso²².

Un'ultima considerazione nasce dal confronto tra la sentenza n. 170/2014 e la sopra citata sentenza n. 138/2010. Nella sentenza annotata si intravede una sorta di *quid pluris* rispetto alla sentenza n. 138 del 2010 e tale da poter affermare che la stessa rappresenti il seguito specifico della seconda.

¹⁹ Tra i diversi contributi dottrinali che commentano la sentenza n. 138 del 15 aprile 2010, v. R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro.it.*, 2010, I, 1367; F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro.it.*; M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale* in www.forumcostituzionale.it; 2010, I, 1369, e S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, in www.forumcostituzionale.it;

²⁰ La Corte, come già nella sentenza n. 138/2010, nel momento in cui afferma che «la situazione in esame si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio in ragione della sopravvenuta identità legale di sesso che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale» e che «la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso» lascia chiaramente intendere che l'opzione interpretativa fatta propria dalla stessa sia quella di considerare costituzionalizzato il cd. "paradigma eterosessuale" del matrimonio. In altri termini i giudici costituzionali hanno adottato una lettura originalista e tradizionalista della disposizione costituzionale nel senso che, come sottolinea la Pezzini, «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». Una siffatta lettura della disposizione costituzionale era già stata oggetto di numerose critiche da parte della dottrina già in occasione dei commenti alla decisione n. 138/2010. Per un'interessante disamina delle critiche ad una lettura originalista dell'art. 29 Cost., cfr. C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il "non s'ha da fare" dell'art. 29 ed il "si può fare" dell'art. 2 della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it. e A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in www.forumcostituzionale.it.

²¹ Cfr. F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto* in www.forumcostituzionale.it.

²² Per questa considerazione v. *infra* al par. 5.

Ed infatti, nella decisione del 2010 la Corte, dichiarata l'inammissibilità e infondatezza della questione di legittimità costituzionale, si era limitata a formulare un monito al parlamento per individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni tra persone dello stesso sesso tali da garantire un'adeguata tutela giuridica dei diritti e degli obblighi della coppia. Con siffatto modo di operare la Corte si era mossa sul semplice piano della persuasività²³.

In questa occasione la Corte si è spinta oltre.

Con questa additiva di principio la Corte ha messo in mora il legislatore rispetto a una materia che necessita di un rapido intervento e ha deciso di vincolare il legislatore nell'elaborazione di una disciplina volta a inserire istituti *ad hoc* per la tutela delle coppie *same sex*, colmando quel vuoto normativo nella tutela dei diritti fondamentali dei singoli posto che «*la violazione di una libertà fondamentale non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario*».

Ma non solo. Se nel 2010 la Corte si era limitata a lasciare la più ampia libertà al legislatore in ordine ai modi e alle forme a mezzo delle quali tutelare le suddette coppie, adesso la discrezionalità del titolare del potere normativo viene ampiamente ridotta.

Ed infatti i giudici costituzionali offrono rigorose indicazioni in ordine all'*an* (il legislatore "deve" provvedere, dato che la previsione di una forma di convivenza è il contenuto strettamente collegato alla disposizione di scioglimento, la cui assenza ha per l'appunto condotto il Giudice delle leggi a censurare la disciplina posta al suo esame) e al *quomodo* (una forma di convivenza registrata la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore)²⁴.

In tal modo il giudice delle leggi ha altresì creato il terreno per un'eventuale decisione di accoglimento della questione nell'ipotesi in cui le norme rimanessero invariate.

5. Quali altre possibili soluzioni? Come la Corte avrebbe potuto (e forse dovuto) decidere

Come già accennato nel corso di queste note²⁵ il Giudice delle leggi, condividendo l'interpretazione del giudice *a quo* in ordine alla normativa che riguarda gli effetti della sentenza di rettifica di sesso sulla sussistenza del vincolo matrimoniale, ha deciso la questione sottoposta al suo esame con una sentenza additiva di principio.

Tuttavia la Corte, nel decidere del caso sottoposto al suo giudizio aveva di fronte un ventaglio diversificato di scelte.

In ordine ai possibili esiti del giudizio di costituzionalità si è interrogata la dottrina che ha individuato diverse soluzioni.

In primo luogo i giudici costituzionali avrebbero potuto optare per una pronuncia di infondatezza, così ponendosi in linea con le affermazioni contenute nella sentenza n. 138/2010. La Corte, infatti, seguendo l'interpretazione delle disposizioni in esame del giudice remittente secondo

²³ Cfr. 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.

²⁴ Per queste considerazioni cfr. B. PEZZINI, *ult. op. cit.*, 3.

²⁵ Cfr., *supra*, al par. 3.

cui nella normativa presa in esame gli interessi sottesi sarebbero riconducibili al mantenimento del paradigma eterosessuale del matrimonio e sostenendo che la nostra carta costituzionale permette unicamente scelte legislative che ammettono il matrimonio solo tra persone di sesso diverso, sarebbe potuta giungere a ritenere costituzionalmente legittima la scelta del legislatore di sciogliere automaticamente il matrimonio laddove uno dei coniugi muti il proprio genere anagrafico.

La Corte avrebbe altresì potuto liberarsi del problema con una pronuncia d'inammissibilità, richiamando la discrezionalità del legislatore in ordine alla configurabilità di ulteriori modelli matrimoniali rispetto a quello esistente²⁶.

Il giudice delle leggi avrebbe altresì potuto optare per una pronuncia di accoglimento o per una interpretativa di accoglimento.

Ad avviso di una parte della dottrina²⁷, l'inadeguato bilanciamento di interessi costituzionali realizzato dalle disposizioni in esame avrebbe potuto essere rimosso attraverso la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 della legge sul transessualismo nella parte in cui dispone che la sentenza di rettificazione provoca automaticamente lo scioglimento del matrimonio. Siffatto risultato si sarebbe potuto ottenere, per l'appunto, con una sentenza di accoglimento semplice (in tal modo lo scioglimento matrimoniale sarebbe stato subordinato all'istanza della parte e alla conseguente pronuncia giudiziale) o con una sentenza interpretativa di accoglimento (la Corte avrebbe dovuto interpretare l'art. 4 della legge n. 164/1982 in modo da subordinare lo scioglimento del matrimonio alla domanda di uno dei coniugi e alla pronuncia del giudice).

Con siffatte pronunce i giudici costituzionali avrebbero eliminato la norma sullo scioglimento automatico del vincolo matrimoniale e garantito al matrimonio *same sex* di tipo derivato di sopravvivere come eccezione alla regola dell'eterosessualità, che veniva così ad essere riconfermata.

Il medesimo risultato sarebbe stato raggiunto anche nell'ipotesi in cui la Corte avesse deciso di adottare un'interpretazione conforme della normativa in esame tale da conciliare la legge sul transessualismo e quella sul divorzio a mezzo di una sentenza interpretativa di rigetto.

Ed infatti, se la lettera dell'art. 4 della legge n. 164/82²⁸ prevede lo scioglimento automatico del matrimonio a seguito della mutazione del sesso anagrafico di uno dei due sposi, a diversa conclusione potrebbe giungersi alla luce della legge n. 74 del 1987 in materia di divorzio. Quest'ultima, intervenuta sulla legge n. 898 del 1970 (la legge sul divorzio) ha introdotto una nuova ipotesi tra le cause di scioglimento del matrimonio ossia il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione (art. 3 n. 2, lett. g), stabilendo che *«nel caso in cui sia passata in giudicato la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della legge n. 164/1982 cit., lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi»*.

²⁶ Cfr. A. LORENZETTI, *Quali possibili risposte dalla Corte rispetto ad un "incerto mestiere di vivere"* in *Rivista GenIUS*, n.1/2014, 59.

²⁷ Cfr. B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale*, cit., 36.

²⁸ La disposizione così recita: *«La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso (...) provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni»*.

La lettera della legge n. 74/87 è chiara nello stabilire che in siffatte ipotesi lo scioglimento matrimoniale non è *ipso facto* e *ipso iure* ma subordinato alla richiesta di parte.

Conseguentemente la Corte, seguendo l'indirizzo interpretativo di una parte della dottrina²⁹ intervenuta sul dibattito in tema di scioglimento automatico del matrimonio in seguito alla sentenza di rettificazione, avrebbe potuto sostenere che la legge n. 74 del 1987 ha tacitamente abrogato la normativa precedente, in ragione dell'effetto abrogativo delle leggi posteriori sulle antecedenti e che pertanto lo scioglimento del matrimonio a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del genere anagrafico è subordinato alla domanda di uno dei coniugi.

Tale opzione interpretativa sarebbe in linea con il disposto dell'art. 102 del d.p.r. n. 396/2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello Stato civile) e dell'art. 453 c.c., che, nello statuire che «nessuna annotazione può essere fatta sopra un atto già iscritto nel registro se non è prevista per legge ovvero non è ordinata dall'autorità giudiziaria», estende alle annotazioni il principio di tipicità che presiede alle altre forme di registrazione degli atti dello stato civile, volto ad escludere il pericolo di manipolazione degli atti medesimi³⁰.

Seguendo questa lettura della normativa impugnata, ovvero una lettura conforme a costituzione e basata sull'interpretazione letterale della norma e sul criterio della prevalenza della *lex posterior*³¹ la Corte sarebbe dovuta giungere ad una sentenza interpretativa di rigetto tale da subordinare lo scioglimento/cessazione degli effetti civili del matrimonio alla volontà di uno dei coniugi e alla conseguente pronuncia giudiziale.

In altri termini l'art. 4 della legge sul transessualismo deve essere reinterpretato nel senso che la formula secondo la quale la sentenza di rettificazione "provoca" lo scioglimento del matrimonio viene collegata al richiamo della legge sul divorzio e sta a significare che la rettificazione è semplicemente causa per lo scioglimento ossia è una delle ipotesi a seguito della quale un coniuge può presentare istanza di scioglimento del vincolo coniugale³².

In tal modo, analogamente all'ipotesi dell'adozione di una pronuncia di accoglimento o di una interpretativa di accoglimento, la Corte avrebbe ammesso un'eccezione alla regola dell'eterosessualità del matrimonio, che pertanto sarebbe stata ribadita, lasciando alla libera valutazione dei nubendi la decisione di mantenere in vita il connubio in ragione della tutela costituzionale accordata ai diritti della famiglia e all'unità familiare *ex art. 29 Cost.* e riconoscendo così il diritto all'identità personale del singolo *ex art. 2 Cost.*

In particolare l'art. 29 della nostra Carta fondamentale sancisce non solo il diritto dei singoli a contrarre matrimonio, ma anche il diritto a conservare la propria vita e unione familiare tutelando il

²⁹ Cfr., per tutti, G. BONILINI, *La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. 164/1982*, in *Lo scioglimento del matrimonio*, a cura di BONILINI e TOMMASEO, *Comm. Schlesinger*, Milano 2004, 276 e 2010, 299.

³⁰ Per queste considerazioni M. FORTINO, *L'ufficiale di stato civile diventa giudice e pronuncia una sentenza di divorzio* in www.personaedamo.it.

³¹ Come è noto, l'art. 15 delle preleggi dispone che la *lex posterior* incompatibile con la disciplina previgente determina un'implicita abrogazione di quest'ultima.

³² Sostiene questa tesi B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale*, cit., 36.

cittadino da possibili ingerenze della pubblica autorità nella propria sfera familiare e privata in contrasto con i ben conosciuti vincoli e limiti imposti dal regime fascista all'istituto matrimoniale e senza preconcezioni ideologiche in ambito familiare.

Se così è, la logica conclusione è nel senso che il diritto al matrimonio va inteso sia come diritto a contrarre l'istituto stesso, sia come diritto a proseguire il medesimo una volta contratto e che non può essere sciolto autoritativamente dal legislatore nazionale in mancanza della volontà di almeno uno dei coniugi³³. Solo così ragionando vengono contemporaneamente tutelati la libertà matrimoniale del transessuale e i diritti dei componenti della famiglia, diritti che, inevitabilmente verrebbero alterati nell'ipotesi dello scioglimento coatto del vincolo coniugale.

Conseguentemente l'unione matrimoniale tra due persone di cui una *ex post* abbia cambiato sesso rientra a pieno titolo nella nozione di famiglia meritevole di protezione a norma dell'art. 29 Cost. e in tal senso trovava fondamento costituzionale l'esistenza, dinnanzi a un caso così peculiare, dell'eccezione alla regola del paradigma eterosessuale del matrimonio.

Ad avvalorare la soluzione da ultimo prospettata (ovvero considerare il caso *de quo* come eccezione alla regola dell'eterosessualità del matrimonio e subordinare lo scioglimento delle nozze alla domanda di uno dei coniugi e alla conseguente pronuncia giudiziale), oltre alle considerazioni già effettuate, se ne aggiunge un'altra che prende le mosse dal concetto di "identità di genere".

E' noto che la legge sul transessualismo del 1982 garantisce all'individuo la cui componente psicologica non coincide con quella biologica di ottenere, previa modificazione dei caratteri sessuali, la rettificazione del sesso anagrafico. In altri termini se il genere che viene dato alla nascita per chiare ragioni di tipo biologico non coincide *ex post* a quello cui un individuo si sente di appartenere si ha un mutamento dell'identità di genere.

Quest'ultima è cosa ben diversa dall'omosessualità. L'omosessualità è l'orientamento sessuale ovvero il provare attrazione per una persona appartenente ad un sesso analogo al proprio mentre il genere è la consapevolezza di una dissociazione tra il proprio sesso anagrafico e la mente che induce il singolo a procedere a una serie di interventi medico - chirurgici per apparire all'esterno come si sente all'interno.

Laddove un ordinamento giuridico disciplina simili situazioni garantendo al singolo che sente la sopra citata dissociazione di mutare il proprio sesso anagrafico allora l'identità di genere, intesa quale libertà dell'individuo di costruirsi una propria identità di genere, assume il rango di diritto costituzionale inviolabile³⁴.

Un tale diritto, riconosciuto anche dalla giurisprudenza sovranazionale quale aspetto del diritto all'autodeterminazione³⁵, si compone del diritto di ogni individuo a essere riconosciuto con l'identità che gli è propria e dei diritti da esso conseguenti, quali il diritto a non subire

³³ Cfr. M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi in Il diritto di famiglia e delle persone*, 2012, 3, 1076.

³⁴ Più approfonditamente Cfr. M. M. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere in Giur. di merito*, 2012/3, 570.

³⁵ Cfr. ancora Corte Edu, 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*.

discriminazioni per la propria identità di genere, a sposarsi con persona di sesso opposto a quello acquisito e a formare una famiglia.

Fermo ciò, nel momento in cui si impone come regola lo scioglimento automatico del matrimonio esistente a seguito della rettificazione del sesso anagrafico (*rectius* del mutamento dei caratteri sessuali) si va a ledere proprio quel diritto fondamentale all'identità di genere e alla piena realizzazione della propria identità sessuale perché il transessuale si vede discriminato rispetto agli eterosessuali in ordine alla libertà di scelta di mantenere in vita o meno il vincolo matrimoniale e perché viene inevitabilmente leso il suo diritto al matrimonio e a mantenere una famiglia regolarmente costituita³⁶.

Tuttavia nessuna di queste considerazioni traspare nella pronuncia in commento ove la Corte decide di non riconoscere al transessuale il pieno diritto alla propria identità di genere permettendo allo Stato di entrare autoritativamente nella sua vita privata e familiare in palese contrasto con la stessa *ratio* dell'art. 29 Cost.

6. Osservazioni conclusive

Ad avviso di chi scrive la Corte costituzionale avrebbe dovuto valorizzare la peculiarità del caso sottoposto al suo scrutinio così da risolvere la questione di legittimità costituzionale qualificando il caso in esame (la coppia *same sex* derivata) quale eccezione rispetto alla regola dell'eterosessualità del matrimonio, la quale non sarebbe stata in alcun modo scalfita.

Inoltre la Corte avrebbe dovuto tenere in maggior considerazione la comunione di vita materiale e spirituale instaurata tra i due coniugi e la loro volontà di mantenere in vita un legame legittimamente instaurato.

Conseguentemente, sulla base di tale presupposto, i giudici costituzionali avrebbero dovuto verificare se l'indebita ingerenza che lo Stato realizzerebbe nell'ipotesi dello scioglimento coatto del matrimonio non consista, di fatto, in una indebita intromissione nella loro vita familiare e privata e non determini una lesione della dignità e identità dei singoli individui coinvolti nonché del diritto all'identità di genere del transessuale.

Una tale valutazione della vicenda avrebbe, con molta probabilità, condotto i giudici di Palazzo della Corte ad un esito diverso da quello che si è realmente concretizzato con la sentenza annotata senza con ciò ledere i diritti delle coppie già sposate né intaccare il requisito della diversità sessuale dei coniugi per l'accesso all'istituto matrimoniale.

Viceversa la Corte costituzionale, con la sentenza annotata, ha deciso di perseguire la via del compromesso, ovvero di rimanere ancorata ad una visione tradizionalista del matrimonio e di riconoscere alle coppie *same sex* di tipo *ex post* e di tipo *ex ante* il diritto all'unione sessuale ma, si badi bene, non al matrimonio.

³⁶ Cfr. M. M. WINKLER, *op. cit.*, 587.

Tale decisione, in un ordinamento giuridico che difetta di un regime giuridico per le coppie del medesimo sesso, risulta del tutto insoddisfacente perchè si riduce all'accertamento della violazione di un diritto costituzionalmente garantito ma non nella sua tutela effettiva³⁷.

Non resta che attendere che il legislatore nazionale, sino ad oggi latitante, colmi la lacuna normativa in ragione della quale il giudice di legittimità ha pronunciato l'illegittimità costituzionale.

Tuttavia, al di là dei soliti pessimismi, sembrerebbe tirar aria di novità a Palazzo Chigi.

Il governo Renzi ha infatti dichiarato di voler presentare in autunno un testo di legge sulle "civil partnership" che, sul modello tedesco, estenderà alle coppie *same sex* gli stessi diritti e doveri delle coppie eterosessuali con la conseguente istituzione di un apposito registro per questa nuova tipologia di nucleo familiare.

Nel momento in cui le "civil partnership", saranno riconosciute l'Italia sarà in linea con gli altri paesi europei nei quali da tempo sono riconosciuti diritti e obblighi a coppie del medesimo sesso.

In conclusione non resta che attendere sperando che il monito della Corte costituzionale sortisca gli auspicati effetti e che gli annunci del Governo attualmente in carica si traducano in azioni concrete e reali.

³⁷ Lo afferma F. BIONDI, *op. cit.*, 3. Su questo punto anche A. MELANI, *op. cit.*, 5, che ricorda come «*nel campo dei diritti fondamentali assume maggior pregnanza la massima di Dicey per cui non è sufficiente proclamare un diritto ma occorre sempre un giudice che lo garantisca e gli dia consistenza*».