GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

Mutamento di sesso e divorzio imposto: il diritto all'identità di genere e al matrimonio

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · GIUGNO 2014

2014/1

GenIUS *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*

Direzione scientifica
Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

Direzione editoriale
Marco Balboni, Marco Gattuso, Barbara Pezzini

Redazione
Diritto Internazionale: Giacomo Biagioni, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Chiara Vitucci
Diritto dell'Unione Europea: Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Alexander Schuster
Diritto Costituzionale: Anna Lorenzetti, Francesco Saitto, Angioletta Sperti, Paolo Veronesi
Identità di genere: Roberta Dameno
Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto
Diritto Privato: Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Joelle Long, Giuseppina Palmeri, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti, Marika Venuti
Diritto Comparato: Denise Amram, Mia Caielli, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Matteo Winkler
Diritto del Lavoro: Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

Referees
Elvira Ascensión, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Paolo Cendon, Roberta Clerici, Marilisa D'Amico, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Salvatore Patti, Andrea Pugiotto, Amedeo Santosuosso

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvg 2023 n. 4089/14 cron.
Codice ISSN in attesa di rilascio
Direttore responsabile: Beppe Ramina
Impaginazione: Samuele Cavadini

GenIUS, Bologna 40123, via IV Novembre 7
genius@articolo29.it

Sommario

Editoriale

5 ***Barbara Pezzini:*** GenIUS: Le ragioni di una rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere

Introduzione

6 ***Marco Balboni, Marco Gattuso:*** Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali

Aspetti di diritto costituzionale

21 ***Barbara Pezzini:*** Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale: la questione del divorzio imposto *ex lege* a seguito della rettificazione di sesso (ordinanza n. 14329/13 Corte di cassazione)

40 ***Giuseppa Palmeri:*** Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali. Profili di diritto di famiglia

48 ***Paolo Veronesi:*** Il "caso Bernaroli" alla Corte costituzionale: ancora un bivio sul tema dell'eterosessualità del matrimonio

58 ***Anna Lorenzetti:*** Quali possibili risposte dalla Corte di fronte ad un "incerto del mestiere di vivere"?

64 ***Francesco Saitto:*** Famiglia, rettificazione di sesso e principio di autodeterminazione alla prova dello scioglimento *ex lege* del matrimonio

78 ***Michele Di Bari:*** Meglio cambiar genere che esser gay? Alcuni interrogativi sul ragionamento dell'ordinanza n. 14329/13 della Cassazione

Aspetti di diritto europeo

88 ***Elisabetta Bergamini:*** Famiglia e identità di genere, "divorzio imposto" e diritti fondamentali: profili di diritto europeo

99 ***Chiara Ragni:*** Sciogliere un matrimonio per tutelarne cento? Il "divorzio" imposto tra interesse pubblico e diritti individuali

108 ***Francesca Romana Ammaturo:*** Il "divorzio imposto" per le persone transgender nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo: i profili socio-giuridici di *H. c. Finlandia*

Aspetti di diritto comparato

114 ***Giacomo 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

121 ***Ascensión Elvira:*** Transexualidad, matrimonio y divorcio en derecho comparado

133 ***Daniel Borrillo:*** Famille et identité de genre en France: La survie du mariage après le changement de sexe d'un époux

140 ***Denise Amram:*** Identità di genere e famiglia in Irlanda, Regno unito e Islanda: quali spunti per l'Italia?

Bibliografia

148 Bibliografia

Decisioni

159 Corte di cassazione, prima sezione civile, ordinanza del 6 giugno 2013 n. 14329

170 Corte d'Appello di Bologna, decreto del 18 maggio 2011

173 Tribunale di Modena, decreto del 27 ottobre 2010

176 Corte europea dei diritti dell'uomo, quarta sezione, H. v. FINLAND, decisione del 13 Novembre 2012

184 Corte costituzionale tedesca (BVG), sentenza del 27 maggio 2008

196 Corte costituzionale tedesca (BVG), sentenza dell'11 gennaio 2011

208 Corte costituzionale austriaca, sentenza del 8 giugno 2006

Editoriale / Barbara Pezzini

GenIUS: Le ragioni di una rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere

L'esperienza quotidiana, in Italia come nel panorama internazionale e sovranazionale, ci mostra il moltiplicarsi di casi che -sul piano degli istituti del diritto di famiglia, come su quello della tutela penale, del diritto del lavoro o ancora delle tutele sociali- sfidano il paradigma eterosessuale del diritto e la costruzione rigidamente dicotomica del dualismo sessuale, imponendo il ripensamento dei nessi che il diritto costruisce tra l'orientamento sessuale e l'identità di genere, da un lato, ed i propri istituti, dall'altro.

La distanza e la radicalizzazione delle posizioni nel dibattito, e le connesse difficoltà del dialogo che emergono anche tra i giuristi, dipendono specificamente dal carattere paradigmatico dell'eterosessualità e del dualismo, che delimita un orizzonte di senso inamovibile.

Nel paradigma si è cristallizzata una visione globale (e globalmente condivisa) del mondo, e più specificatamente, del mondo in cui opera e su cui indaga la comunità di studiosi di una determinata disciplina; il paradigma costituisce il campo di indagine e delimita la logica e la prassi della ricerca (che si svolge entro i confini della logica paradigmatica stessa, cui àncora tanto il suo oggetto di studio, quanto la tecnica per affrontarlo); i paradigma è più forte di una presupposizione (che, dando un fondamento tradizionale, originalistico o naturale alla connessione tra gli istituti giuridici e l'eterosessualità e il dualismo, si limita ad eludere la necessità di fornirne una vera dimostrazione).

Proprio per questa sua funzione, ogni messa in discussione del paradigma comporta la ridefinizione del campo di indagine, della metodologia e dei concetti fondamentali impiegati nella ricerca.

La rottura -o almeno *l'incrinatura*- del paradigma eterosessuale e del dualismo si riflettono oggi sulle categorie ed i concetti utilizzati dall'interpretazione giuridica, che subiscono la sfida di un indispensabile aggiornamento: diventa, infatti, necessario esplicitare le argomentazioni e le giustificazioni che sorreggono quelle "regole" (ad esempio, la configurazione giuridica dell'istituto matrimoniale riservata alle coppie di persone dello stesso sesso; ovvero la corrispondenza tra nome e sesso anagrafico) che si erano, sin qui, considerate un postulato.

Ma, proprio perché di un paradigma si tratta, non ci si può aspettare che l'elaborazione critica dell'apparato concettuale necessario al suo superamento proceda linearmente. La costruzione dei concetti meglio in grado di esprimere il nuovo avanza faticosamente, nel contesto di un difficile dialogo tra chi si trova sui due fronti opposti del mutamento paradigmatico e si trova ad osservare un transito, qualcosa che potrebbe diventare il punto di rottura decisivo, ma ancora non è. La messa in discussione del paradigma si presenta come manifestazione di una domanda di tutela da parte dei soggetti coinvolti, che, in quanto "nuovi" al diritto, inevitabilmente sollecitano ad usare gli strumenti della riflessione critica per indirizzare i formanti giuridici in una direzione altrettanto nuova: elaborando nella dottrina le costruzioni e le categorizzazioni coerenti; chiedendo al legislatore gli adeguamenti normativi necessari; proponendo alla giurisprudenza le opzioni interpretative ed applicative necessarie.

Mentre chi si colloca *oltre* il paradigma riconosce un nuovo significato, nuove parole per esprimerlo, una ricomposizione degli effetti, compiendo una riorganizzazione cognitiva degli strumenti disciplinari che gli sono propri (e, nel nostro caso, dei formanti giuridici), a chi rimane nell'atmosfera culturale del paradigma precedente le idee innovative possono apparire inaccettabili forzature, effetti paradossali.

L'attualità di *GenIUS* risiede nel proporsi come sede di questo appassionante confronto e la linea di riflessione ed il terreno di confronto che la rivista assume come prospettiva, e sulla quale intende apertamente misurarsi, sono rappresentati dall'orizzonte dell'*uguaglianza*, che assicura a tutti gli esseri umani pari dignità sociale *senza differenze di sesso* e di *condizioni personali*.

Introduzione / Marco Balboni, Marco Gattuso

Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali*

1. Premessa

Il primo numero di questa rivista raccoglie una serie di contributi a carattere monografico che prendono spunto e sviluppano i contenuti di un convegno che si è tenuto a Bologna il 29 novembre 2013 su *Famiglia e identità di genere:"divorzio imposto" e diritti fondamentali*, organizzato congiuntamente dal Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università di Bologna e da articolo29.

L'insieme di questi contributi riguarda quello che può essere considerato un "caso difficile" per il nostro ordinamento giuridico, almeno se si tiene conto dell'assetto con cui esso si presenta (o secondo il quale viene prevalentemente interpretato) ancora oggi. Il caso è quello del c.d. "divorzio imposto" ovvero, per enunciarlo in termini positivi, del diritto o meno al mantenimento del vincolo matrimoniale nel caso in cui uno dei coniugi (e uno soltanto) proceda al cambiamento anagrafico del sesso una volta terminato il percorso di transizione relativo al genere[1].

Su questo caso, si pronuncerà a breve la Corte costituzionale. I contributi qui raccolti vogliono fornire alcuni spunti di riflessione in materia. Essi affrontano la questione sotto il profilo del diritto costituzionale (prima sezione), del diritto europeo (seconda sezione) e del diritto comparato (terza sezione), anche se i tre profili si incrociano largamente nei singoli contributi, data la peculiarità della materia.

Il presente contributo riprende il contenuto dell'ordinanza della Corte di cassazione che ha dato luogo al rinvio e mira a fornire una pista di lettura dei contributi successivi.

2. Il caso

Il caso all'origine della presente vicenda è l'ormai noto caso relativo alle coniugi Bernaroli, che la Corte di cassazione continua a denominare come Sig.ra A e Sig.ra B anche se la loro identità è da tempo stata manifestata dalle stesse protagoniste.

Di sesso opposto al momento del matrimonio concluso regolarmente e validamente secondo il rito concordatario, le due coniugi vengono a ritrovarsi dello stesso sesso in seguito alla conclusione positiva del percorso di riassegnazione del sesso intrapreso da una delle due. Una delle due coniugi, infatti, è una *transgender male to female* che si decide a intraprendere il percorso di transizione successivamente alla conclusione del matrimonio.

Tra le due coniugi non esiste conflitto, né questa vicenda ha creato una frattura tra loro. Anzi,

* I paragrafi 3.1., 3.2., 3.3. sono di M. Gattuso; i paragrafi 4.1., 4.2., 4.3., 4.4., 4.5., 4.6. sono di M. Balboni, i paragrafi 1, 2, 5 e 6 sono di entrambi.

1 Il problema infatti non si pone né nel caso, che si può facilmente essere indotti a considerare di scuola come per molto tempo è stato ritenuto quello in esame, in cui entrambi i coniugi cambino contestualmente sesso dato che il matrimonio torna a essere eterosessuale, ancorché a parti inverse, né nel caso in cui il percorso di transizione intrapreso da uno dei coniugi non sia seguito dalla richiesta della rettificazione anagrafica del nome. Attesa infatti la natura bifasica del procedimento giurisdizionale, rafforzata tra l'altro in seguito alla riforma del 2011, l'ordinamento ammette senz'altro che il matrimonio possa proseguire tra due persone divenute fisicamente dello stesso sesso se, ottenuta l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria ed eseguito l'intervento chirurgico, la persona non richieda la rettificazione anagrafica. Trasformazione anatomica di sesso e matrimonio sono quindi perfettamente compatibili. La persona che abbia ottenuto l'autorizzazione con sentenza dell'autorità giudiziaria ed abbia eseguito l'intervento chirurgico mutando sesso non solo potrà proseguire il rapporto matrimoniale, ma, se ancora non coniugata, potrebbe pure contrarre matrimonio con persona fisicamente del proprio stesso sesso.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

stando allo svolgimento dei fatti, si può presumere che il percorso di transizione sia stato intrapreso e maturato in accordo e in sostegno con l'altra coniuge e, quindi, ampiamente condiviso all'interno della dimensione familiare preesistente. Nessuna delle due coniugi, del resto, chiede di sciogliere il matrimonio pregresso, né nel quadro della procedura relativa al percorso di riassegnazione, né promuovendo un autonomo giudizio di divorzio. Non esiste pertanto nel caso di specie alcun provvedimento dell'autorità giudiziaria che disponga lo scioglimento del matrimonio né disposizioni a questo proposito sono contenute nel provvedimento che dispone la rettificazione di sesso.

Nonostante l'assenza di domande di parte e di provvedimenti appositi dell'autorità giudiziaria, l'ufficiale di stato civile del comune di residenza procedeva autonomamente all'annotazione della cessazione del vincolo matrimoniale (più precisamente dei suoi effetti civili) sui relativi certificati con effetto retroattivo, a partire dal momento della dichiarazione di cambiamento di sesso, ritenendo di essere in presenza di una ipotesi, l'unica per la verità prevista dal nostro ordinamento, di divorzio automatico imposto dalla legge.

Determinate a mantenere la loro unità coniugale e familiare, le coniugi decidevano di intraprendere la via giudiziaria.

Mentre il Tribunale di Modena, rilevata la carenza di una pronuncia sul vincolo, accoglieva il ricorso e disponeva la cancellazione dell'annotazione effettuata dall'ufficiale di stato civile[2], la Corte d'Appello di Bologna accoglieva il ricorso presentato dal Ministero dell'Interno contro la decisione del Tribunale di Modena sulla base dell'opposta considerazione secondo cui il paradigma eterosessuale del matrimonio non soffre di alcuna eccezione nel nostro ordinamento, nemmeno di carattere temporaneo, come potrebbe accadere se si subordina lo scioglimento del vincolo alla proposizione di apposita domanda o a un apposito procedimento e non lo si ricollega in via immediata allo stesso provvedimento di rettificazione di sesso, ritenendo quindi che l'ufficiale di stato civile si fosse limitato ad applicare la normativa vigente[3].

Sulla base di una ricostruzione simile a quella effettuata dalla Corte di Appello, anche la Corte di cassazione concludeva per l'ipotesi interpretativa del "divorzio imposto" *ex lege*. A differenza della Corte d'Appello, tuttavia, la Corte di cassazione ha ravvisato in tale disciplina, così ricostruita, diversi problemi di compatibilità costituzionale. Essa ha deciso pertanto di sospendere il procedimento e di rinviare la questione alla Corte costituzionale su cui quest'ultima, per l'appunto, dovrà pronunciarsi a breve[4].

La vicenda pone quindi due problemi, peraltro ben noti alla dottrina italiana da tempo, ma che sinora non hanno mai avuto modo di presentarsi in giurisprudenza: il primo riguarda la ricostruzione interpretativa della normativa interna nel caso in cui nessuno dei due coniugi intenda chiedere il divorzio in seguito al cambiamento di sesso dell'altro; il secondo riguarda la compatibilità di tale normativa con il nostro assetto costituzionale qualora si ritenga, come nel caso di specie, che la normativa interna vada ricostruita nel senso che imponga una forma di divorzio automatico.

3. La ricostruzione della disciplina interna: la previsione del c.d. "divorzio imposto"

3.1 La questione interpretativa prima del caso Bernaroli

L'art. 4 della l. 164/82, contenente norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, prevedeva nella sua originaria formulazione che la sentenza di rettificazione di sesso non ha effetto retroattivo, ma *provoca* lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, rinviando per il resto alla l. n.

2 Tribunale di Modena, II sez. civile, decreto 27 ottobre 2010, in *www.articolo29.it/bibliografia-identita-di-genere/matrimonio-e-figlie/effetti-sul-matrimoniomerito* ed in *Fam. pers. succ.*, 2011, 1, 72, con nota di Costanzo.

3 Corte d'Appello di Bologna, decreto del 4 febbraio 2011, in *www.articolo29.it/bibliografia-identita-di-genere/matrimonio-e-figlie/effetti-sul-matrimoniomerito*, ed in *Fam. pers. succ.*, 2011, 1, 629, con nota di Costanzo. Per una critica della decisione, cfr., Fortino, *L'ufficiale di stato civile diventa giudice e pronuncia una sentenza di divorzio*, in www.personaedanno.it; A. Lorenzetti, *Diritti in transito, La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, p. 105 ss.; A. Schuster, *L'identità di genere: tutela della persona o dell'ordinamento?* in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, I, 259; 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.

4 Corte di cassazione, prima sezione civile, ordinanza del 6 giugno 2013 n. 14329 (pres. Luccioli est. Acierno), in *http://www.articolo29.it/effetti-sul-matrimonioscioglimentolegittimita/*.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

898/1970 relativa alla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio. Essendo tuttavia precedente alla prima, quest'ultima non prevedeva nulla al riguardo, ponendo quindi diversi problemi interpretativi circa il suo coordinamento con quanto disposto dalla legge sulla rettificazione di sesso.

In generale, nessuno dubitava che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio fosse una conseguenza naturale del cambiamento di sesso, considerando peraltro come una ipotesi meramente teorica o di scuola l'eventualità che nessuno dei due coniugi volesse sciogliere il vincolo coniugale. Piuttosto, sono state sempre controverse le modalità mediante le quali giungere a tale risultato. Mentre secondo alcuni si doveva salvaguardare senza eccezioni il paradigma eterosessuale del matrimonio, escludendo che quest'ultimo potesse assumere carattere *same-sex* anche solo temporaneamente tra il momento della pronuncia di rettificazione e quello della sentenza di divorzio, secondo altri era comunque necessario trovare un contemperamento con taluni principi fondamentali della materia divorzista quali, innanzitutto, il carattere indisponibile del consenso delle parti. Del resto, come sottolineato da molti interpreti, la legge sul divorzio non prevedeva, come non prevede nemmeno oggi, alcuna ipotesi di "divorzio automatico", anche nei casi più gravi, che, come quello in esame, prescindono dalla valutazione della dissoluzione della convivenza e che, per questo, possono essere considerati il *tertium comparationis* più prossimo rispetto all'ipotesi in esame[5].

I rilievi critici della dottrina si appuntavano, in ogni caso, sulla tecnica frettolosa ed eccessivamente sintetica del legislatore italiano, suggerendo *de iure condendo* la migliore soluzione tedesca e svedese (gli unici due Paesi che avevano preceduto l'Italia nella riforma) che prevedevano lo scioglimento del matrimonio come condizione d'ammissibilità del ricorso per la rettificazione di sesso. Dunque, in quegli ordinamenti la cessazione del vincolo precedeva e non seguiva il cambiamento legale di sesso.

Anche la Corte di cassazione aveva rilevato da subito l'aporia, lamentando, fra varie ragioni di presunta illegittimità della nuova disciplina, che la norma prevedesse "un automatico scioglimento del matrimonio senza precisare se tale rilevante effetto giuridico, nonché il relativo affidamento dei figli, debba essere pronunciato con specifico giudizio autonomo, oppure nell'ambito dello stesso procedimento di rettifica"[6]. La Corte costituzionale aveva dichiarato inammissibile la questione ritenendo decisivo "il rilievo che l'attore nel giudizio *a quo* non ha mai contratto matrimonio", limitandosi a considerare come "l'ordine familiare" risulterebbe sconvolto non dalla legge ma da un fatto della vita (la sindrome transessuale) e che il legislatore si sarebbe limitato "a disciplinare gli effetti giuridici di una situazione di fatto preesistente che impone, operata la trasformazione anatomica, lo scioglimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso"[7].

La l. n. 74 del 1987, di modifica della legge sul divorzio, ha introdotto espressamente il cambiamento di sesso come causa di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio[8]. L'art. 3 della nuova legge afferma infatti che "lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi", tra l'altro, "nei casi in cui: (…) *g*) è passata in giudicato sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della legge 14 aprile 1982, n. 164".

Ancorché la nuova formulazione non modifichi sul piano strutturale l'impianto della disciplina del divorzio e sembri rappresentare quindi un rafforzamento del secondo dei due orientamenti sopra citati, la controversia sul carattere automatico o meno del divorzio non è venuta meno. Mentre alcuni mantenevano l'idea dell'automaticità del divorzio ravvisando nel rimando previsto dalla nuova legge lo volontà di rinviare al procedimento di divorzio solo per i residui effetti patrimoniali e personali (anche rispetto ai figli), altri invece ravvisavano nella nuova formulazione l'abrogazione implicita del carattere automatico contenuto nell'art. 4 della legge del 1982, con la conseguente necessità per i coniugi di attivarsi con espressa domanda giudiziale per l'ottenimento della sentenza di divorzio o quantomeno per il giudice di pronunciare una apposita sentenza di divorzio contestualmente alla sentenza di rettificazione in modo da salvaguardare, a un tempo, il carattere immediato dello scioglimento e il principio della riserva assoluta di giurisdizione in materia di *status* delle persone. Ancorché obbligata, una tale soluzione non mancava tuttavia di essere ritenuta da molti come un'ipotesi "aberrante"[9].

---

5 Si tratta in particolare delle ipotesi di cui all'art. 3 1) lett. a), b), c) e 2) lett. d) della legge sul divorzio. *Mutatis mutandis* quanto detto vale anche per le cause di invalidità del matrimonio.

6 Corte di cassazione, ordinanza n. 515 del 1983, in *Giur. It.*, 1984, I, 80 con nota di Garutti, *Psicosessualità, mutamento di sesso, certezza - a proposito dell'ordinanza della Cassazione*.

7 Corte costituzionale, 25 maggio 1985 n. 161 punto 12, in *Giur. cost*., 1985, I, 1173; in *Foro it*., 1985, I, 2162, con nota di Moccia; in *Riv. it. med. leg*., 1985, 1289, nonché in *Dir. Fam*., 1985, 420. L'affermazione della Corte non appare del tutto esatta nella misura in cui la legge non impone alcuno scioglimento dopo la sola *trasformazione anatomica*, ma eventualmente soltanto dopo la rettificazione anagrafica: cfr., supra, n. …

8 Art. 7 L. 6 marzo 1987, n. 74, in GURI, n. 58 dell'11 marzo 1987, di modifica dell'art. 3.

9 Dogliotti, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, 2ª ed., p. 159.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

La scarsa giurisprudenza intervenuta nella materia non ha consentito di sciogliere il dubbio interpretativo. Nelle uniche due sentenze edite (emanate una prima ed una dopo la riforma del 1987), la giurisprudenza di merito ha affermato la possibilità di pronunciare la cessazione del vincolo con la stessa sentenza di rettificazione del sesso. In entrambi i casi, tuttavia, la stessa parte ricorrente o entrambi i coniugi avevano chiesto espressamente al tribunale di dichiarare il divorzio nell'ambito del procedimento di rettificazione. I giudici si sono occupati dunque soltanto della forma del procedimento senza affrontare la questione della sussistenza della volontà di divorziare[10]. Prima della riforma del 2011, peraltro, la prassi era nel senso di decidere sulla rettificazione di sesso persino con mero decreto e senza l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'altro coniuge, con risvolti estremamente problematici ove si dovesse assumere un effetto automatico sul vincolo coniugale.

Il d.lgs. n. 150 del 2011, modificativo del procedimento di rettificazione di sesso, non sembra avere inciso, almeno in misura significativa, sulla materia in esame[11]. L'art. 31, abrogativo dell'art. 2 della legge del 1982, si limita a confermare la necessità dell'intervento del pubblico ministero e a prevedere espressamente la notifica dell'atto introduttivo del giudizio al coniuge e ai figli, mentre l'art. 36, abrogativo dell'art. 4, riformula quest'ultima disposizione prevedendo che la sentenza di rettificazione di sesso "determina", anziché "provoca", lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio.

A prescindere dal suo possibile impatto sulla materia in esame, la disciplina in materia di stato civile non contribuisce a risolvere l'ambiguità normativa. Gli artt. 453 e 454 c.c. stabiliscono che le annotazioni e rettificazioni possono essere disposte per legge o ordinate dall'autorità giudiziaria. Il D.p.r. n. 396 del 2000 in materia di revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile non apporta ulteriori precisazioni. L'art. 5, comma 1 lett. a) impone all'ufficiale di stato civile di "aggiornare" tutti gli atti concernenti lo stato civile, mentre l'art. 11, comma 3 vieta allo stesso di enunciare dichiarazioni ed indicazioni diverse da quelle che sono stabilite o permesse per ciascun atto. L'art. 102 commi 1 e 3 riprende il principio secondo cui le annotazioni disposte per legge o ordinate dall'autorità giudiziaria si eseguono per l'atto al quale si riferiscono specificando che l'ufficiale deve indicare l'atto o il provvedimento in base al quale tali annotazioni (o rettificazioni) sono eseguite, mentre l'art. 69 lett. d) si limita a precisare che negli atti di matrimonio si fa annotazione delle sentenze di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio. Non è quindi espressamente affermato alcun obbligo di procedere a un'annotazione di cambiamento di sesso in un atto matrimoniale, quantomeno senza provvedimento dell'autorità giudiziaria. L'annotazione del cambiamento di sesso trova, del resto, diverse eccezioni, a tutela di altri valori e interessi, come ad esempio nelle certificazioni relativi ai figli per ragioni di tutela di questi ultimi.

3.2 L'interpretazione della Corte di cassazione

La Corte di cassazione propende decisamente per l'ipotesi ricostruttiva del divorzio automatico imposto per legge. Per arrivare a questo risultato, la Corte si appoggia unicamente sulla normativa relativa alla rettificazione di sesso, a nulla valendo l'eventuale raccordo con altre discipline previste dall'ordinamento, anche in presenza di rimandi espressi previsti dalla stessa legge sulla rettificazione.

Secondo la Corte, l'attenzione degli interpreti al tempo dell'emanazione della legge sulla rettificazione era tutta concentrata sul diritto della persona che ha cambiato sesso di (ri)sposarsi con una persona di sesso opposto rispetto a quello acquisito, mentre scarsa attenzione veniva data alle vicende dell'eventuale matrimonio in essere, essendo tuttavia pacifica la considerazione che si dovesse sciogliere in via automatica per effetto del passaggio in giudicato del provvedimento di rettificazione. Questo è vero anche della giurisprudenza della Corte Edu, tutta volta a affermare il diritto del transessuale a ottenere la rettificazione anagrafica e quindi il diritto a (ri)sposarsi conformemente all'art. 12 Cedu che

10 Prima della riforma del 1987, in un caso in cui la stessa parte ricorrente aveva chiesto al tribunale di dichiarare il divorzio, il Tribunale di Roma aveva ritenuto che "il legislatore abbia inteso escludere che possa rimanere in vita un matrimonio quando i coniugi, per fatti successivi alle nozze, vengano ad avere lo stesso sesso": Tribunale di Roma, 3 dicembre 1982, in *Giust civ*, 1983, p. 996, con nota critica di M. Finocchiaro, *Divorzio e transessualismo* cit. Successivamente alla riforma, ancora una volta in un'ipotesi in cui entrambi i coniugi avevano chiesto al tribunale di dichiarare il divorzio nell'ambito del procedimento di rettificazione di sesso, il Tribunale di Fermo rilevava che "la comunione materiale e spirituale tra i coniugi non può assolutamente sopravvivere all'adeguamento di sesso, sicché il divorzio segue di necessità ed automaticamente", ritenendo che "non vi sia necessità della instaurazione di un autonomo giudizio di divorzio successivo al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione" non essendovi "ostacoli di natura logica a concepire una sentenza che pronunci nello stesso tempo la rettificazione di attribuzione di sesso e lo scioglimento del matrimonio": Tribunale di Fermo, 28 febbraio 1996, in *Foro it.*, 1997, c. 1656, con nota di Corti, ed in *Giur. It.*, 1998, c. 11, sempre con nota di Corti, *Mutamento di sesso e divorzio del transessuale: problemi di ieri e di oggi.*

11 Come è noto, il decreto è stato adottato con la finalità di assicurare maggiore efficacia e rapidità al procedimento. Esprime diversi dubbi al riguardo, A. Lorenzetti, *Diritti in transito, La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, p. 37 ss.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

tutela il diritto di uomini e donne a fondare una famiglia o a riconoscere ai transessuali i diritti sociali corrispondenti al nuovo genere, ad esempio in materia pensionistica[12]. Non diversamente, la sentenza della Corte costituzionale n. 161/1985 sulla legittimità costituzionale della legge sulla rettificazione di sesso ha insistito sul nuovo diritto all'identità sessuale basato non solo su elementi biologici, ma anche psicologici, limitandosi a osservare di passaggio che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili dell'eventuale matrimonio in essere conseguono alla sentenza che dispone la rettificazione di attribuzione di sesso.

Secondo la Corte, va quindi escluso che "nell'ampio spettro dei diritti e delle libertà riconducibili alla nuova legge" sul cambiamento di sesso "sia ricompresa la scelta di conservare il preesistente vincolo matrimoniale, in quanto, proprio per il rilievo costitutivo dell'identità personale attribuito dalla legge (e dalla sentenza n. 161 del 1985) alla rettificazione dell'attribuzione di sesso, dopo la pronuncia giudiziale tale vincolo legherebbe una coppia dello stesso sesso". Il bilanciamento d'interessi realizzato dal legislatore del 1982 e confermato dalla Corte costituzionale è quindi privo di ambiguità: da un lato, vi è il diritto al riconoscimento della "vera" identità del genere del soggetto che cambia sesso, dall'altro vi è l'interesse statuale a non modificare i modelli familiari, nonostante il sacrificio per la vita privata e familiare, "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 di consentire la scelta sulla conservazione del vincolo matrimoniale precedentemente contratto *secundum legem*"[13].

Il raccordo con altre normative non cambia nulla a questo proposito.

Ciò è vero innanzitutto per la normativa sullo stato civile. L'ufficiale di stato civile dispone soltanto di poteri a contenuto dichiarativo o esecutivo meramente derivati o da una norma di legge o da un provvedimento dell'autorità giudiziaria. Sia le norme rilevanti del codice civile, sia il D.p.r. n. 396 del 2000 confermano questo assunto. L'art. 5, comma 1 lett. a) del D.p.R prevede un obbligo di aggiornamento a carattere generale e senza eccezioni. Né l'art. 11, comma 3, né l'art. 102 del D.p.R. possono essere interpretati in senso contrario. Se è vero che queste disposizioni vietano all'ufficiale di stato civile di enunciare dichiarazioni ed indicazioni diverse da quelle che sono stabilite o permesse per ciascun atto, è anche vero che ciò ha il senso di "indicare che sull'atto di nascita o di matrimonio possono essere eseguite soltanto annotazioni relative ed inerenti a quell'atto (come l'eventuale sopravvenuto scioglimento del vincolo del matrimonio), ma non che non si debba aggiornarne il contenuto certatorio quando la condizione preesistente si sia modificata nel rispetto delle prescrizioni di legge"[14]. Quanto all'art. 69 lett. d), se è vero che si limita a richiamare l'obbligo di annotazione solo per le sentenze dell'autorità giudiziaria di scioglimento del matrimonio, è anche vero che tale disposizione va interpretata sistematicamente, in connessione con tutte le cause di scioglimento e di cessazione previste dalla legge, ivi comprese quelle previste da leggi speciali quali quella sulla rettificazione di sesso. La normativa sullo stato civile infatti costituisce un *corpus* servente da cui non è possibile individuare i modelli familiari previsti dal nostro ordinamento. L'ufficiale di stato civile pertanto non può fare altro che procedere a una annotazione imposta come obbligo di legge, sorto nel caso di specie sulla base della pronuncia di rettificazione che funge da presupposto per il sorgere di tale obbligo. In altre parole, poiché dalla normativa sulla stato civile non si possono trarre conseguenze in materia di modelli familiari, si deve ritenere che, nonostante le sue ambiguità, essa preveda un obbligo di annotazione a carattere generale, dal momento che si ritiene che la normativa in materia di rettificazione di sesso stabilisca in modo inequivoco l'ipotesi dello scioglimento automatico. L'eventuale ambiguità di quest'ultima non trova così alcun conforto in ambiguità di normative serventi[15].

Lo stesso per quanto riguarda il coordinamento con la disciplina sul divorzio di cui la Corte prende in considerazione soltanto la modica del 1987. Ancorché quest'ultima richieda testualmente la domanda di parte, occorre prendere in considerazione in via sistematica lo spirito della modifica, che non è stato quello di innovare i modelli familiari previsti dall'ordinamento, né di modificare, quantomeno radicalmente, i casi di scioglimento del matrimonio, ma soltanto di incidere sugli aspetti procedurali, in particolare prevedendo il rito camerale anche per le controversie patrimoniali o relative ai figli minori[16]. Nemmeno si può pensare di trarre dalla legge sul divorzio la necessità di una tale pronuncia in assenza di domanda di parte, eventualmente da adottarsi in via contestuale alla pronuncia di rettificazione, o che una tale pronuncia possa essere adottata su intervento del pubblico ministero. Nel primo caso,

12 Tra le altre, Corte edu, 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*.

13 Corte di cassazione, ordinanza del 6 giugno 2013, n. 14329, p. 3 e 4.

14 Il che, in base a quanto osservato sopra non sembra interamente corretto. Cfr., quanto avviene per l'atto di nascita dei figli.

15 Corte di cassazione, ordinanza del 6 giugno 2013, n. 14329, p. 2.

16 Corte di cassazione, ordinanza del 6 giugno 2013, n. 14329, p. 4.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

infatti, si andrebbe sia contro la lettera della modifica che condiziona espressamente lo scioglimento al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione e non alla mera pronuncia, sia si rischierebbe di dare luogo a una disparità di trattamento tra coppie dato che l'esito potrebbe variare a seconda della scelta effettuata da ciascun giudice. Nel secondo, si deve considerare che il pubblico ministero possiede nella materia soltanto un potere di intervento, non di promozione dell'azione giudiziaria.

A prescindere dal fatto che non sia applicabile *ratione temporis*, anche la recente riforma della legge sul cambiamento di sesso non consente di distaccarsi da quanto già detto. Come la legge sul divorzio, infatti, anche quest'ultima incide sui soli aspetti procedurali, limitandosi a prevedere la notifica dell'atto introduttivo del giudizio di rettificazione al coniuge e ai figli. Anzi, delle due, la recente modifica, nella misura in cui sostituisce il verbo "determina" al precedente "provoca", rafforza l'idea dell'"automatismo e l'operatività *ope legis* dell'effetto predetto"[17].

In definitiva, l'interpretazione della legge del 1982, che indubbiamente nella mente del legislatore di allora doveva condurre allo scioglimento del vincolo in essere non essendo pensabile il contrario, non è stata scalfita da nulla nel corso del tempo, ma semmai rafforzata da intenti legislativi recenti. Nonostante tutte le ambiguità del raccordo interpretativo con altre leggi coinvolte quale la legge sul divorzio e la legge sullo stato civile, non è possibile fare quel salto interpretativo che pure sembrerebbe necessario nell'alveo, evocato dalla stessa Corte di cassazione, "di una civiltà giuridica in evoluzione". Meglio rimandare il tutto alla valutazione della Corte costituzionale, alla luce di parametri costituzionali anch'essi in evoluzione.

3.3 La questione interpretativa nell'ordinanza della Corte di cassazione: un problema superabile?

La possibilità di interpretare la legge sulla rettificazione di sesso in coordinamento con altre normative è sottolineato ampiamente nei contributi che seguono.

Così, ad esempio, si sottolinea la possibilità di interpretare la normativa rilevante partendo dalla legge sul divorzio piuttosto che dalla legge sulla rettificazione di sesso (B. Pezzini, che sottolinea la possibilità di interpretare "provoca" o "determina" nel senso che la rettificazione "costituisce causa per lo" scioglimento; G. Palmeri).

Lo stesso, per quanto riguarda la disciplina in materia di stato civile. D'altra parte, prima dell'approvazione della legge sul *Mariage pour tous*, in un contesto normativo non molto dissimile, la Corte d'appello di *Rennes* ha ritenuto, semplicemente, che se c'era motivo di iscrivere il cambiamento di sesso nell'atto di nascita della persona interessata, non c'era nessun motivo di farlo nell'atto di matrimonio (su cui si veda il contributo di D. Borrillo).

La mancanza di uno sforzo interpretativo di questo tipo sorprende ancora di più perché la stessa Corte di cassazione propone una interpretazione dei principi costituzionali favorevole a una ricostruzione diversa della disciplina interna. Appare quindi strano che, a fronte di una disciplina obiettivamente ambigua, che si presta a più letture ricostruttive, la Corte scelga l'approccio interpretativo più lontano, dando in tal modo per presupposto o presunto che il legislatore, quando ha legiferato, o ha ri-legiferato, abbia inteso venire meno ai principi costituzionali che lo vincolano. Il giudice, al contrario, dovrebbe partire proprio dalla presunzione contraria e, cioè, che il legislatore non voglia, o se l'abbia fatto nel passato non voglia più, venire meno ai suoi impegni costituzionali.

La stranezza in esame aumenta se si considera che tra i parametri richiamati dalla Corte di cassazione rientrano anche parametri europei che operano in via interposta. Come è noto, la Corte costituzionale ha precisato chiaramente che il giudice nazionale è tenuto a ricercare innanzitutto l'interpretazione conforme della normativa interna alle fonti internazionali e europee prima di procedere a sollevare la questione di compatibilità dinanzi alla stessa Corte costituzionale con i parametri interposti in esame[18] (come nota C. Ragni nel suo contributo).

In realtà, a leggere bene tra le righe, non è veramente chiaro se la Corte dubiti più della propria ricostruzione della disciplina ordinaria interna o dei principi costituzionali da essa considerati rilevanti nel caso di specie. È forte il sospetto che in un quadro costituzionale (e perché no anche ambientale) più chiaro la Corte non avrebbe esitato a proporre una interpretazione costituzionalmente conforme o costituzionalmente orientata. Da qui la necessità del rinvio il cui oggetto reale sembra riguardare più propriamente la ricostruzione dei principi costituzionali coinvolti nella materia in esame.

Proprio dalla ricostruzione che la Corte costituzionale farà dei diversi valori in causa potrà dipendere, a sua volta, la ricostruzione interpretativa della normativa ordinaria, con le inevitabili conseguenze sull'esito e sulla natura della stessa pronuncia della Corte costituzionale (B. Pezzini).

17 Corte di cassazione, ordinanza del 6 giugno 2013, n. 14329, p. 5.

18 Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348 e 349.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

4. Il sospetto di incostituzionalità

Sinteticamente, si può dire che il punto su cui ruota l'intera questione è quello di sapere se la difesa dei modelli matrimoniali previsti dall'ordinamento possa comportare il sacrificio di una serie di diritti fondamentali, tra cui, innanzitutto, ma non solo, il diritto all'autodeterminazione della persona o, nel linguaggio della Convenzione europea dei diritti umani, il diritto alla tutela della vita privata e familiare. Come precisato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, infatti, in un caso come quello di specie esistono due posizioni in conflitto che devono essere bilanciate tra loro: da un lato, l'interesse dello Stato a mantenere intatti i modelli matrimoniali predefiniti per legge, dall'altro, i diritti fondamentali dei singoli posti in causa, tra cui il diritto al rispetto della vita privata e familiare della persona che esercita il diritto all'identità di genere[19].

Nel nostro ordinamento, la difesa dei modelli matrimoniali previsti dall'ordinamento significa, essenzialmente, la difesa del paradigma eterosessuale del matrimonio, quale tutelato dalla nostra costituzione. Si tratta quindi di capire come realizzare tale bilanciamento.

La Corte di cassazione si inserisce appieno nel dibattito che la questione in esame solleva, dando l'impressione, nel suo insieme, di cogliere il travaglio che il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco determina.

Ancorché probabilmente la Corte non richiami tutti i possibili parametri (E. Bergamini) coinvolti dall'"inadeguato bilanciamento di interessi (…) operato dal legislatore", come la Corte stessa constata i parametri che vengono in considerazione nel caso di specie sono "molteplici". Vengono infatti in considerazione sia fonti di carattere costituzionale, sia fonti di diritto europeo, che operano nel nostro ordinamento quali fonti interposte, sia fonti di diritto comparato, in particolare sotto il profilo di soluzioni che altre corti costituzionali di paesi di civiltà affine hanno dato a problemi analoghi o identici a quello in considerazione.

4.1 Il paradigma eterosessuale del matrimonio: la portata generale del paradigma

La Corte di cassazione si preoccupa innanzitutto di ricostruire la forza e il contenuto del paradigma eterosessuale del matrimonio come espressione specifica dell'interesse dello Stato a mantenere intatti i modelli matrimoniali predefiniti per legge (sulla ricostruzione di tale paradigma, cfr., in particolare i contributi di B. Pezzini, F. Saitto).

La ricostruzione di tale paradigma viene effettuata in due momenti: innanzitutto la Corte si preoccupa di verificare quale sia la posizione dell'ordinamento costituzionale nei confronti del matrimonio *same-sex*; secondariamente, essa verifica quale protezione costituzionale sia eventualmente assicurata a unioni di questo tipo diverse dal matrimonio.

Sotto il primo profilo, la Corte si richiama a due ordini di fonti: l'art. 29 cost., come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 138/2010 e l'art. 12 della Convenzione europea dei diritti umani, come interpretato dalla omonima Corte e letto alla luce della parallela disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che la Corte indica (probabilmente per un errore materiale) nell'art. 8, mentre si tratta invece dell'art. 9.

Secondo la Corte, l'art. 29 cost., così come interpretato dalla Corte costituzionale, non pone un vincolo costituzionale all'esclusiva applicabilità del modello matrimoniale alle unioni eterosessuali, lasciando al legislatore ordinario la possibilità di estendere tale modello anche a altri tipi di unione. In altri termini, così come non impone di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, allo stesso tempo, l'art. 29 non vieta al legislatore di prevederlo, rimettendosi quindi alla discrezionalità di quest'ultimo. La Corte di cassazione accoglie così una precisa lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010, la quale tuttavia appare problematica e non univoca in dottrina.

Nello stesso senso, sarebbe l'art. 12 Cedu. La Corte europea dei diritti umani infatti ha precisato che la disposizione estende il proprio campo di applicazione anche a matrimoni dello stesso sesso la cui previsione tuttavia rimane nel margine discrezionale di ogni singolo legislatore nazionale[20]. Tale lettura dell'art. 12 troverebbe conferma nell'art. 8, *rectius* 9, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ai termini del quale "il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio", assicurando così il diritto di fondare una famiglia senza discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale, ancorché la previsione del relativo modello matrimoniale sia rimessa ai singoli ordinamenti degli Stati membri.

Ancorché la mancata previsione del matrimonio *same-sex* sia ben lungi dal determinare una viola-

19 Corte Edu, 13 novembre 2012, caso *H. c. Finlandia*.

20 Corte Edu, 24 giugno 2010, caso *Schalk e Kopf*, par. 61.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

zione della costituzione, della Convenzione Edu e della stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, ne deriva che il carattere dell'eterosessualità del matrimonio non può più essere considerato un canone di ordine pubblico interno e internazionale, come del resto la stessa Corte di cassazione ha già avuto modo di riconoscere[21].

Questa densa parte della pronuncia richiama qualche considerazione.

Innanzitutto, si potrebbe dubitare della pertinenza del richiamo all'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Carta, infatti, non è applicabile al caso di specie *ratione materiae* né tanto meno costituisce una fonte formalmente vincolante per la Corte Edu. Ciononostante, la lettura congiunta tra art. 12 Cedu e art. 9 della Carta dei diritti fondamentali non appare errata. La Corte Edu, infatti, non sembra disposta a dare una lettura della Cedu inferiore a quella desumibile dalla Carta, attribuendo così un rilievo bidirezionale a una disposizione che formalmente non la vincola[22]. Ciò è visibile in particolare nella stessa sentenza *Schalk e Kopf* ove la Corte si richiama espressamente alla Carta per stabilire la portata della Cedu, ma può essere constatato anche in altri campi della giurisprudenza della Corte edu. Si tratta di una tendenza che non riguarda solamente i testi formali, ma anche la giurisprudenza delle due Corti. Sia la Corte Edu che la Corte di giustizia dell'Unione europea, infatti, non sembrano disposte a scendere sotto il livello di tutela assicurata dall'altra, almeno nel campo dei diritti fondamentali protetti da entrambi gli strumenti. Appare quindi corretto procedere a una interpretazione integrata dei diversi strumenti europei adottati in materia di tutela dei diritti fondamentali, anche nel caso in cui la questione in esame non cada nel campo di applicazione di uno di essi[23].

Più problematico è capire se l'art. 29 della costituzione e le due fonti sovranazionali abbiano o meno la stessa portata. La Corte di cassazione non si pronuncia espressamente sul punto, ma una differenza sembra trasparire.

Mentre infatti l'art. 29 sembra non vietare il matrimonio *same-sex* ma non offrire alcuna protezione al riguardo anche nel caso in cui il legislatore ordinario decida di prevederlo, l'art. 12 Cedu, come interpretato dalla Corte europea dei diritti umani, non solo non vieta il matrimonio in esame, ma sembra anche tutelare quest'ultimo nel caso in cui il legislatore nazionale lo preveda. Si tratta di una differenza che del resto trova rispondenza in quanto affermato dalle due corti. Nella migliore delle ipotesi, infatti, la sentenza della Corte costituzionale è interpretabile nel senso che lasci al legislatore la possibilità di prevedere il matrimonio *same-sex*. Al contrario, la Corte edu ha espressamente affermato che "the Court would no longer consider that the right to marry enshired in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex", anche se permettere o meno il matrimonio tra persone dello stesso rimane di competenza nazionale.

La differenza in esame potrebbe creare una situazione curiosa nel caso in cui il matrimonio *same-sex* dovesse essere previsto nel nostro ordinamento: esso, infatti, non sarebbe tutelato costituzionalmente, mentre invece sarebbe tutelato da una norma interposta (l'art. 12 Cedu) o, addirittura, seppur limitatamente al suo ambito di applicazione, da una norma tendenzialmente sovra-costituzionale (l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Si tratterebbe di una differenza non priva di rilievo. Infatti, mentre la costituzione consentirebbe la possibilità di trattamenti differenziati o discriminatori, non altrettanto si potrebbe dire della Convenzione o della Carta dei diritti fondamentali, offrendo queste ultime due fonti la medesima protezione ai diversi tipi di matrimonio previsti nell'ordinamento.

Infine, il richiamo al concetto di ordine pubblico e alla correlativa distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale appare poco pertinente e anche dubbia. Poco pertinente perché nel caso di specie non si pone un problema di conformità o meno all'ordine pubblico, in particolare inteso come limite all'operatività di valori giuridici stranieri nel nostro ordinamento[24], ma di conformità a principi di ordine costituzionale. Dubbio perché la Corte sembra distinguere tra un ordine pubblico interno costruito sulla base di valori giuridici interni e un ordine pubblico internazionale ancorato a valori giuridici esterni, segnatamente europei. Così come configurato dal legislatore, interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominante da sempre, tuttavia, il concetto di ordine pubblico è sempre la risultante di principi del foro condivisi dai paesi di civiltà affine (con esclusione quindi di principi unicamente del foro) o, come si dice, di principi considerati degni di universale valore giuridico dall'ordinamento nazionale. Se così non fosse, del resto, avrebbe poco senso l'apertura a ordinamenti giuridici stranieri che

21 Corte di cassazione n. 4184/2012.

22 L'art. 52 par. 3 della Carta, infatti, afferma che "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione", anche se ciò non impedisce al diritto dell'Unione di prevedere una protezione più estesa.

23 Il che, data la natura settoriale del diritto Ue, accade più spesso per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

24 Inteso in questo senso, il concetto di ordine pubblico assume spesso rilievo dato l'assetto eccezionale del nostro ordinamento rispetto a quelli di civiltà affine nella materia in esame.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato per sua natura comporta[25].

In ogni caso, appare certo che il paradigma eterosessuale del matrimonio abbia perso, per effetto di questa "felice 'contaminazione' delle fonti costituzionali europee, convenzionali ed internazionali", quel carattere esclusivo di un tempo. Non è tuttavia interamente chiaro quale sia l'intensità della protezione accordata e cioè se si tratti di un paradigma che continua a essere protetto dalla costituzione in misura rafforzata rispetto al matrimonio *same-sex* o se invece si possa ritenere che tale protezione rafforzata non sussista più (F. Saitto).

Se il matrimonio *same-sex* non è coperto costituzionalmente, le unioni tra persone dello stesso sesso non sono comunque irrilevanti costituzionalmente. Nel passaggio successivo, infatti, la Corte di cassazione ricorda la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu, secondo cui le unioni fondate su una stabile e continua *affectio* godono comunque della tutela della vita familiare come previsto all'art. 2 cost. e 8 Cedu. Tale tutela non si limita più al riconoscimento di alcuni diritti inerenti la sfera privata quali la libertà di vivere la propria condizione di coppia o di non nascondere le scelte riguardanti la sfera emotiva individuale, ma si estende al riconoscimento di tutta una serie di diritti a carattere relazionale derivanti dalle scelte familiari intraprese e conseguenti "alla creazione e al consolidamento di questa formazione sociale costituzionalmente e convenzionalmente garantita" con la conseguenza che, nella persistente assenza di intervento da parte del legislatore, resta riservata alla Corte costituzionale "la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni"[26].

4.2 Segue: la rilevanza del paradigma eterosessuale del matrimonio nel caso di specie

La rilevanza del paradigma eterosessuale del matrimonio come sopra ricostruita va tuttavia attentamente compresa.

Innanzitutto, nel caso in esame, non viene in considerazione la richiesta di contrarre una nuova unione, ma il diritto di una coppia regolarmente sposata a mantenere il vincolo matrimoniale contratto in precedenza. L'asse si sposta quindi più propriamente sulla tutela dell'unità familiare o, come anche si dice, dall'atto al rapporto. Non è il diritto a contrarre matrimonio che è in causa, ma il diritto a conservare una relazione matrimoniale già contratta.

Sotto questo profilo, la ricostruzione effettuata dalla Corte di cassazione rischia di generare qualche confusione. Rispetto a quelli indicati da quest'ultima, infatti, i parametri rilevanti nel caso di specie devono essere ulteriormente specificati. Sotto il profilo costituzionale, viene in rilievo l'art. 29 comma 2 cost. (F. Saitto) o 2 a seconda che si ritenga che l'unione in esame sia riconducibile o meno al modello matrimoniale, mentre sotto il profilo convenzionale viene in rilievo in ogni caso l'art. 8 Cedu.

Non esiste infatti un perfetto parallelismo tra la nostra costituzione e la Convenzione Edu. Mentre la nostra costituzione distingue tra tutela delle unioni diverse dal matrimonio (art. 2) e tutela delle unioni matrimoniali (art. 29), la Cedu, invece, così come del resto la Carta DFUE, distingue tra diritto a fondare una famiglia mediante matrimonio (art. 12) e tutela dell'unità familiare, quale che sia il modello matrimoniale prescelto, ivi comprese le famiglie fondate sul matrimonio (art. 8)[27]. L'art. 8 Cedu, pertanto, trova una corrispondenza nell'art. 29 secondo comma o nell'art. 2 a seconda che riguardi o meno la famiglia fondata sul matrimonio.

Ciò ovviamente crea una differenza nella tutela a seconda del parametro rilevante. Mentre nel caso della costituzione potrebbe diventare fondamentale la scelta tra art. 2 e art. 29, per quanto riguarda l'art. 8 Cedu la tutela assicurata non varia, in linea di principio, quale che sia il modello familiare in considerazione. A differenza dell'art. 12, infatti, che tutela solo i modelli familiari espressamente previsti dal legislatore, l'art. 8 Cedu si richiama a una nozione di famiglia autonoma sotto il profilo convenzionale.

Se questo è vero, è anche vero che la giurisprudenza della Corte Edu sembra avere qualche cedimento proprio quando il diritto all'unità familiare è invocato in relazione a unioni non eterosessuali o, comunque, non (più) riconducibili a uno dei modelli familiari previsti (F.R. Ammaturo)[28]. Fino a che

25 P. Mengozzi, *Diritto internazionale privato*, 1987, p. 66 ss.

26 Corte costituzionale n. 138/2010, p. 8.

27 Cfr., Corte Edu, *H. c. Finlandia*, cit., par. 53 con cui la Corte osserva che "the issue at stake in the present case does not as such involve any issue under Article 12 of the Convention which guarantees a right to marry. The applicant has been legally married since 1996. The issue at stake rather concerns the consequences of the applicant's change of gender for the existing marriage between her and her spouse, which question has already been examined above under Article 8 of the Convention. In view of those findings the Court finds it unnecessary to examine the facts of the case separately under Article 12 of the Convention".

28 La soluzione della questione interpretativa, quindi, e cioè se il modello matrimoniale in esame risponde, nonostante qualche ambiguità, a un modello in fondo espressamente previsto dal legislatore oppure se si tratti di un modello non ammesso da quest'ultimo, può rilevare non solo sotto il profilo costituzionale (B. Pezzini), ma anche della convenzione.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

punto tale cedimento possa spingersi rimane tuttavia da vedere, in particolare in relazione a un ordinamento come il nostro che non prevede alcuna alternativa rispetto al matrimonio.

Secondariamente, la Corte di cassazione ricorda che, come già riconosciuto dalla Corte costituzionale e da altre Corti di paesi di civiltà affine, orientamento sessuale e identità di genere non sono la stessa cosa. "La rimozione dello scioglimento coattivo del vincolo coniugale non determina" pertanto "l'introduzione indiretta della possibilità di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso, essendo il percorso psicologico e, frequentemente, medico chirurgico legato alla condizione di transessualità ontologicamente diverso da quello compiuto dal soggetto che si determina verso l'uno o l'altro orientamento sessuale"[29].

Il punto in considerazione apre tutta la discussione sull'eccezionalità o meno della questione in esame rispetto al matrimonio *same-sex* (tendenzialmente nel primo senso, le opinioni di B. Pezzini, P. Veronesi, A. Lorenzetti, mentre sono fortemente dubitativi G. Palmeri, M. Di Bari).

A questo proposito, gli approcci non sono necessariamente omogenei.

Benché parta da una distinzione tra identità di genere e orientamento, la Corte Edu non sembra trarne tutte le conseguenze proprio in relazione al cambiamento di sesso in costanza di matrimonio che, a giudizio della Corte, sembra determinare *tout-court* la trasformazione di un matrimonio da eterosessuale a omosessuale (F.R. Ammaturo, che sottolinea che, in realtà, in una prospettiva attenta alla dimensione soggettiva occorrerebbe non solo prestare attenzione alla differenza tra orientamento sessuale e identità di genere, ma anche cogliere tutti i limiti di una classificazione basata su un rigido binarismo eterosessuale / omosessuale e un rigido dimorfismo sessuale tutto da dimostrare).

Al contrario, la Corte di cassazione sembra utilizzare questo canone dell'eccezionalità per riportare la situazione in esame ampiamente all'interno del paradigma eterosessuale del matrimonio. Come si vedrà, infatti, la Corte si richiama alla necessità di tutelare il diritto alla conservazione del rapporto matrimoniale in quanto tale legame si è costituito all'origine in modo conforme ai modelli consentiti dall'ordinamento. Pertanto, se l'accento posto sulla dimensione del rapporto consente di allontanarsi dalle preoccupazioni inerenti all'atto escludendo che sia in gioco il diritto a contrarre un matrimonio *same-sex* [30], l'accento posto non sul rapporto in sé, ma sul rapporto in quanto costituito regolarmente *ab origine* ci riporta all'atto, in quanto costituito regolarmente nel caso di specie. Il che ha l'indubbio effetto di riportare il peso della eccezionalità della situazione sotto il paradigma eterosessuale del matrimonio, escludendo quindi ogni implicazione sistemica del riconoscimento di un matrimonio non (più) eterosessuale (M. Di Bari che, alla fine dei conti, si chiede se non sia preferibile cambiare sesso che essere gay, ammesso che si possa scegliere).

4.3 La tutela dei diritti fondamentali delle persone interessate

L'interesse dello Stato a mantenere intatti gli istituti matrimoniali nella sua forma italiana di difesa del paradigma eterosessuale del matrimonio si scontra con una serie di diritti fondamentali che, nella formulazione della Corte di cassazione, sono essenzialmente due: il diritto all'autodeterminazione e il diritto alla tutela dei propri diritti e interessi.

4.4 Il diritto all'autodeterminazione nella ricostruzione della Corte di cassazione

Il primo diritto a entrare in considerazione è il diritto della persona all'autodeterminazione (su tale diritto cfr., in particolare G. Palmeri).

Più specificamente, secondo la Corte di cassazione, il divorzio imposto entra in conflitto con una serie di parametri, costituiti dagli artt. 2 e 29 della costituzione e dagli artt. 8 e 12 Cedu, "nella loro qualità di norme interposte ex artt. 10, primo comma, e 117 Cost.", i quali nel loro insieme assicurano

29 Corte di cassazione, p. 7. Cfr., Corte costituzionale n. 138/2010, p. 9, che ritiene irrilevante ai fini della questione di costituzionalità della mancata previsione del matrimonio tra persone dello stesso sesso la possibilità di contrarre matrimonio con una persona di sesso opposto in seguito a rettificazione di sesso in quanto quest'ultima rappresenta "una condizione del tutto differente da quella omosessuale e, perciò, inidonea a fungere da tertium comparationis" dato che nel transessuale "l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche" con la conseguenza che "la persona è ammessa al matrimonio per l'avvenuto intervento di modificazione del sesso" sicché "il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso (…) costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio"; Bundverfassung, 27 maggio 2008, cit., che in una prospettiva più ampia, e cioè anche nel caso in cui il cambiamento di sesso avvenga ex post comportando la sopravvenienza di un vincolo matrimoniale tra persone dello stesso sesso anagrafico, rileva che una eventuale decisione negativa sul divorzio imposto non incide in alcun modo sul contenuto tradizionale del matrimonio né determina l'apertura verso l'instaurazione di matrimoni di persone dello stesso sesso data appunto la persistente differenza di situazioni.

30 Cfr., supra.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

il riconoscimento e la tutela "del diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; del diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale; del 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; del diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale"[31].

Lo scioglimento del vincolo coniugale disposto *ex lege* determina infatti "l'eliminazione 'chirurgica' di una relazione stabile e continuativa che ha dato vita ad un nucleo familiare, costituzionalmente protetto dall'art. 29 Cost.". All'interno di questa "*affectio coniugalis*", è maturata "la scelta di uno dei *partners* della rettificazione di attribuzione di sesso, verosimilmente, in mancanza dello scioglimento volontario del vincolo, condivisa dall'altro". L'univoca previsione normativa esclude, in prospettiva futura, qualsiasi rilievo "all'esistenza e alla stabilità di tali tipologie di relazione, ignorandone il rilievo primario di formazioni sociali costituzionalmente garantite, all'origine, dagli artt. 2 e 29 Cost.".

Queste scelte, "appartenenti alla sfera emotiva ed affettiva" e che "costituiscono il fondamento dell'autodeterminazione", si esplicano nella nostra cultura giuridica "al di fuori di qualsiasi ingerenza statale". "Sul canone indefettibile del consenso" si fonda in via esclusiva l'istituto del matrimonio, cui inerisce un "diritto personalissimo, delimitato da condizioni minime di accesso, nel quale si manifesta una tra le più rilevanti scelte della vita".

L'opzione del divorzio imposto *ex lege* incide quindi "sul contenuto minimo e ineludibile del predetto diritto e mina alla radice lo stesso diritto all'identità di genere" in quanto "produce l'esclusione di un'altra dimensione di pari rilievo, quella relazionale, all'interno della quale la scelta operata trova generalmente la sua più rilevante manifestazione"[32].

Le soluzioni di diritto comparato non vanno in senso diverso, ancorché nella generalità degli altri sistemi la disciplina sia opposta alla nostra e cioè il divorzio costituisca condizione e non conseguenza della rettificazione di sesso[33].

La Corte costituzionale austriaca infatti ha ritenuto l'obbligo di scioglimento preventivo in contrasto con il diritto protetto dall'art. 8 Cedu in quanto la peculiarità della condizione personale di chi chiede la rettificazione di sesso e il diritto alla continuazione di un legame duraturo e stabile come il matrimonio non possono essere sacrificati senza il consenso dei coniugi[34].

Non diversamente, la Corte costituzionale tedesca ha rilevato che il divorzio imposto obbliga la persona a scegliere tra due diritti ugualmente protetti dalla costituzione e cioè appunto tra diritto al riconoscimento legale della propria identità personale e diritto al mantenimento della stabilità del matrimonio e che la scelta tra tali diritti provoca una limitazione sostanziale dell'altro senza che vi sia in realtà alcun valore contrastante da tutelare, mentre le caratteristiche essenziali del matrimonio sono l'aspettativa di una durevole comunità di vita e la volontarietà dello scioglimento del vincolo, sulle quali lo Stato non può interferire[35].

La giurisprudenza della Corte Edu andrebbe nella stessa direzione. Quest'ultima, infatti, ha ritenuto la normativa finlandese conforme alla convenzione solo perché in tale sistema allo scioglimento del matrimonio si sostituisce l'unione civile registrata, largamente equiparata al primo, anche rispetto alla posizione dei figli, con la conseguenza che il bilanciamento operato dal legislatore non può ritenersi sproporzionato sia sotto il profilo dell'art. 8 che dell'art. 12 Cedu[36].

In definitiva, che sia a monte o a valle della rettificazione di sesso, il divorzio imposto determina "la lesione di un diritto che ha la stessa natura, ampiezza e centralità, nello sviluppo della personalità dell'essere umano, di quello all'identità di genere"[37].

Tale lesione colpisce innanzitutto "il diritto all'autodeterminazione del soggetto che intende procedere alla rettificazione di attribuzione di sesso, conseguendo a tale opzione la eliminazione per il futuro del diritto alla vita familiare, realizzato mediante la scelta del vincolo matrimoniale e, dunque, dotato del massimo grado di tutela giuridica". Essa è ancora più forte per l'altro coniuge il quale viene a subire

31 Mentre il richiamo all'art. 117 Cost. è pertinente, il richiamo all'art. 10 cost. non lo è, riguardando come è noto la disposizione soltanto le norme internazionali generalmente riconosciute, e cioè, secondo l'interpretazione largamente dominante, le norme internazionali a carattere consuetudinario. Non sembra sostenibile l'idea che vi siano consuetudini internazionali nella materia.

32 Corte di cassazione, ordinanza del 6 giugno 2013, n. 14329, p. 7.

33 Cfr., supra.

34 Corte costituzionale austriaca, 8 giugno 2006, n. 17849, V4/06.

35 Bundverfassung, 27 maggio 2008, cit.

36 Corte Edu, caso *H. c. Finlandia*, cit. Cfr., altresì, Corte Edu, 2006, caso *Parry e R. e F. c. Regno Unito*.

37 Corte di cassazione, ordinanza del 6 giugno 2013, n. 14329, p. 6.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

un sacrificio "del tutto unilaterale e privo di alcuna compensazione" e che costituisce "esclusivamente la soppressione, mediante ingerenza statale, della volontà individuale nell'esercizio del diritto personalissimo allo scioglimento del matrimonio". In questo caso, infatti, non vi è alcun bilanciamento per la privazione automatica del diritto in esame.

Tale esito sembra in qualche modo inevitabile in un ordinamento che non prevede alcuna alternativa la quale, invece, ha consentito alla Corte Edu di ritenere proporzionata la normativa finlandese che impone il passaggio all'unione registrata. La protezione offerta caso per caso dalla Corte costituzionale non può bastare a questo scopo, dato che non si può certo comparare "la condizione della coppia che non può accedere all'unione coniugale e quella di chi ha legittimamente scelto un'unione coniugale proprio in virtù della duratura cristallizzazione dei diritti e degli obblighi ad essa connessi".

4.5 Il diritto all'autodeterminazione tra identità di genere e stabilità e continuità della vita (o del vincolo?) matrimoniale

La ricostruzione del diritto all'autodeterminazione effettuata dalla Corte di cassazione richiama diverse considerazioni.

La prima riguarda il ricorso da parte della Corte al termine scelta sia con riferimento al diritto all'identità di genere che al diritto alla conservazione della precedente dimensione relazione, tanto da parte della persona interessata che dell'altro coniuge, e che nella prospettiva della stessa Corte di cassazione sembra giustificare la collocazione unitaria dei due diritti in esame sotto la comune espressione di diritto all'autodeterminazione.

In realtà, se è vero che in entrambi i casi è sempre in gioco l'autodeterminazione della persona, non è altrettanto vero che negli stessi sia sempre in gioco una scelta individuale o che si tratti sempre dello stesso tipo di scelta. L'identità di genere non si sceglie. Al contrario, essa costituisce uno di quei fattori immutabili il cui cambiamento (o dissimulazione) comporta un costo così pesante che non può essere richiesto a una persona. Al contrario, la vita coniugale si sceglie nel senso in cui comunemente si usa questo termine. Ciò non significa necessariamente che i due diritti godano di una protezione diversa. La famiglia fondata sul matrimonio gode della massima tutela tanto in ambito interno che internazionale, in ragione del particolare ruolo sociale che le viene solitamente riconosciuto[38]. Nondimeno, non è lo stesso tipo di scelta che viene in considerazione nei due casi.

La seconda riguarda l'individuazione di quale dei due diritti in considerazione sia veramente in gioco nel caso di specie. Mentre a volte compaiono affermazioni che evocano entrambi i diritti, più spesso compaiono affermazioni che sembrano puntare più specificamente sul diritto alla conservazione del vincolo matrimoniale. L'enfasi su quest'ultimo deriva probabilmente dalla disciplina controversa che vede nel nostro ordinamento il divorzio imposto come una conseguenza della rettificazione di sesso. Anche nei sistemi in cui la disciplina è opposta, appare tuttavia forte la tendenza a ravvisare una lesione alternativa dei diritti in causa, a seconda della scelta effettuata dalla persona interessata. Così, come si è visto, la Corte costituzionale tedesca si esprime in questi termini evocando la violazione dell'uno o dell'altro diritto, a seconda della scelta effettuata dal singolo. In realtà, sembra più corretto considerare che, qualunque sia la scelta effettuata, entrambi i diritti sono contestualmente violati. Come rileva la Corte di cassazione in un passaggio, infatti, la scelta per la rettificazione, e quindi il divorzio imposto, non viola solo il diritto alla conservazione del rapporto matrimoniale ma anche della stessa identità di genere all'interno del quale la scelta per la rettificazione è maturata. Allo stesso modo, la scelta per la conservazione della dimensione coniugale, e quindi la rinuncia all'identità di genere, non viola solo quest'ultimo diritto, ma anche la stessa unità familiare, la quale rimane compromessa in una sua dimensione relazionale importante (G. Palmeri).

Una terza considerazione riguarda l'equivalenza che la Corte ravvisa tra la disciplina accolta nel nostro ordinamento e quella opposta accolta in altri paesi. Se è vero che in entrambi i casi sono violati allo stesso modo il diritto all'identità di genere e il diritto alla conservazione del legame matrimoniale, non è detto che le due discipline siano equivalenti da ogni punto di vista. In effetti, mentre nei sistemi in cui il divorzio è condizione della rettificazione alla persona interessata si prospetta immediatamente la compressione delle posizioni individuali generata dal divorzio imposto, non altrettanto si può dire nei sistemi in cui il divorzio costituisce una conseguenza della rettificazione, in cui può mancare alla persona interessata ogni chiara consapevolezza degli effetti ingenerati da quest'ultima. Il che può portare a destare qualche perplessità sulle modalità con cui la comparazione viene a volte effettuata (G. Viggiani).

38 Cfr., ad esempio, la Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo che qualifica la famiglia come "nucleo naturale e fondamentale della società" e che, perciò, "ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato": art. 16 par. 3. In tale paragrafo la famiglia non viene ulteriormente qualificata, ma che si faccia riferimento alla famiglia fondata sul matrimonio appare dal contesto se si considera che i due paragrafi precedenti prendono espressamente in considerazione l'istituto matrimoniale.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

4.6 Il diritto alla tutela dei propri diritti e interessi

Come osserva la Corte di cassazione, la disciplina in esame solleva problemi di costituzionalità altresì sotto il profilo del diritto alla tutela dei propri diritti e interessi. Infatti, né il coniuge che ha proceduto alla rettificazione né l'altro coniuge sono abilitati a agire a tutela del mantenimento dell'unione coniugale[39].

Tale sospetto di costituzionalità coinvolge anche il principio di uguaglianza. Infatti, negli altri casi in cui l'ordinamento interno prevede cause solutorie senza necessità di valutare la dissoluzione della convivenza familiare rimane pur sempre necessaria la domanda di parte e il conseguente intervento giurisdizionale.

Ancorché la Corte di cassazione non richiami parametri interposti a questo proposito, non vi è dubbio che anche gli artt. 6, 13 e 14 Cedu possano essere ugualmente di rilievo a questo proposito (cfr., sul punto il contributo di E. Bergamini)[40].

5. Quale soluzione per la Corte costituzionale?

L'auspicio dell'insieme dei contributi qui raccolti è che la Corte costituzionale voglia giudicare un caso così particolare, destinato a non verificarsi mai perché di scuola, umanamente e in concreto, secondo un diritto mite che si preoccupi della condizione dell'essere umano e non di concezioni astratte (D. Borrillo e P. Veronesi). Si tratta di un auspicio condiviso anche da importanti organismi europei quali, ad esempio, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa secondo il quale è più importante proteggere tutti gli individui senza eccezione contro un matrimonio imposto dallo Stato che ritrovarsi con qualche raro caso di matrimonio tra persone dello stesso sesso[41].

Nonostante ciò, la decisione della Corte costituzionale non appare scontata (B. Pezzini, G. Palmeri, A. Lorenzetti, F. Saitto, P. Veronesi).

Deciderà la Corte di pronunciarsi (B. Pezzini, G. Palmeri) o rimarrà entro lo schema della sentenza n. 138/2010, ritenendo nuovamente di non potere superare la discrezionalità del legislatore anche nel caso in esame, per quanto eccezionale sia (P. Veronesi, A. Lorenzetti)?

Se invece decidesse di pronunciarsi, quale soluzione ci si può aspettare?

Cercherà la Corte di reinterpretare la normativa interna in modo conforme al dettato costituzionale e ai parametri internazionali invocati o confermerà l'interpretazione della Corte di cassazione? E in quest'ultimo caso, che decisione potrebbe adottare?

Si spingerà sino a considerare la normativa controversa incompatibile *tout-court* con i parametri invocati o ricercherà una soluzione interpretativa che specifichi al legislatore le soluzioni compatibili con il dettato costituzionale? E, in quest'ultimo caso, fino a che punto potrebbe spingersi? Potrebbe seguire lo schema della sentenza monito adottato dalla Corte federale tedesca (G. Viggiani) o limitarsi alla possibilità di indicare soluzioni specifiche secondo lo spirito della sentenza 138/2010 (B. Pezzini) o ancora in modo meno invasivo valorizzare il "prolungamento degli effetti del matrimonio divenuto *same-sex*" o "dell'originaria attribuzione di sesso" (A. Lorenzetti)?

Quale che sia la soluzione adottata, la situazione in esame finisce con il riproporre il problema del rapporto tra giudice e legislatore, in particolare nel caso in cui quest'ultimo non riesca, per tanti motivi, a tradurre nella vita di un corpo sociale che cambia lo spirito dei principi costituzionali. Spetta al giudice intervenire, anche incisivamente, (G. Palmeri) o, così facendo, si finisce per attribuire a quest'ultimo una funzione creativa che esclude il processo politico (M. Di Bari)?

39 Se è vero infatti che l'art. 2 della l. 164/1982 e il successivo art. 31 d.lgs. 150/2011 prevede la notificazione del ricorso al coniuge e ai figli con la possibilità di adottare determinate scelte difensive, è anche vero che questi ultimi non possono opporsi allo scioglimento automatico del matrimonio.

40 Trattandosi di un diritto a carattere civile, sembrano rilevanti le garanzie previste dall'art. 6 Cedu.

41 Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa T. Hammarberg, *Human Rights and Gender Identity*, Council of Europe, 2009.

6. Quali le possibili implicazioni sistemiche della decisione della Corte costituzionale?

Come appare evidente, una pronuncia negativa della Corte costituzionale avrebbe delle ripercussioni rilevanti per il nostro ordinamento giuridico, allontanandoci ancora ulteriormente da quell'insieme culturale di paesi di civiltà affine al quale abbiamo sempre sentito di appartenere[42].

Quali invece le ripercussioni di una pronuncia positiva? Potrebbe avere un'incidenza limitata al caso di specie (B. Pezzini, A. Lorenzetti) o andrebbe necessariamente oltre (G. Palmeri)?

Per quanto l'accento possa essere posto sull'eccezionalità del caso o sulla specificità dell'identità di genere, è difficile pensare che, alla lunga, non si manifestino delle implicazioni a carattere sistemico. Come è stato notato, infatti, una pronuncia positiva della Corte finirebbe con l'aumentare il tessuto discriminatorio del nostro ordinamento. Non si creerebbe infatti una nuova discriminazione tra transessuali che hanno già contratto matrimonio e transessuali che ancora devono farlo, per i quali il matrimonio rimarrebbe precluso se dello stesso sesso legale acquisito prima dell'ipotetico matrimonio (F. Saitto)? O ancora, se è il diritto alla continuità del matrimonio regolarmente contratto a rilevare, come si giustifica la tutela del matrimonio rapporto in alcuni casi e non in altri, come ad esempio nel caso del matrimonio *same-sex* contratto regolarmente all'estero, il quale continua a non essere riconosciuto nel nostro ordinamento (M. Di Bari)? Ma se queste discriminazioni non sono sostenibili, come si fa a non ammettere che ci sia un problema più generale riguardante anche il matrimonio *same-sex*, sia che lo si prenda sotto la dimensione dell'atto sia che lo si prenda sotto la dimensione del rapporto? La sentenza della Corte non diverrebbe quindi il cavallo di Troia attraverso cui potrebbe passare lo sgretolamento di un paradigma già incrinato (A. Lorenzetti)?

Il legislatore potrebbe certo evitare tutti questi interrogativi se solo facesse qualcosa. Dopo tutto, come si è visto, dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali, si ammette ancora che il riconoscimento di una unione diversa nella forma, ma nella sostanza comparabile al matrimonio, può considerarsi una soluzione proporzionata per le unioni non rispondenti al paradigma eterosessuale.

Rimane che il paradigma eterosessuale del matrimonio non riesce a togliersi di dosso una forte aria di sospetto. Come è stato notato, il senso dei riferimenti al matrimonio nei testi costituzionali e internazionali dell'epoca contemporanea non è stato tanto quello di salvaguardare il paradigma eterosessuale del matrimonio, quanto piuttosto quello di affermare il diritto di chiunque di accedervi senza limiti o differenze di sesso, razza, etnia, origine sociale, ecc., e cioè di superare discipline che in nome di particolari concezioni etiche e culturali discriminavano tra le persone sulla base di criteri ritenuti non (più) compatibili con il senso di rispetto della dignità della persona (E. Ascensión). Il criterio dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere non è forse uno di questi criteri?

42 Per la situazione dell'Italia, cfr., in particolare, i rapporti dell'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *http://fra.europa.eu*.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Aspetti di diritto costituzionale

*Barbara Pezzini**

Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale: la questione del divorzio imposto *ex lege* a seguito della rettificazione di sesso (ordinanza n. 14329/13 Corte di cassazione)

Sommario

1. La nuova questione di costituzionalità – 2. Il nodo sul quale la questione di costituzionalità ricade: può sopravvivere un matrimonio in contraddizione con il paradigma eterosessuale? – 3. La sentenza n. 138/2010 come precedente – 3.1. Cosa ha detto la 138 – 3.2. Eterosessualità del matrimonio e sopravvivenza del matrimonio dopo la rettificazione: le differenze tra la questione di costituzionalità del 2010 e quella attualmente pendente – 4. Quale bilanciamento – 4.1. La tutela costituzionale dell'unità familiare – 5. La sentenza n. 161/1985 come precedente: la famiglia come "società naturale" – 6. La soluzione della questione di costituzionalità – 6.1. L'interpretazione dell'art. 4 in collegamento con la legge sul divorzio (il punto debole nell'ordinanza: una forma di rigetto interpretativo?)

Abstract

La continuità del matrimonio anche dopo la rettificazione di sesso di uno dei coniugi non richiede necessariamente il superamento del principio eterosessuale del matrimonio, in quanto può essere riconosciuta nei termini di una eccezione a tale principio, giustificata e anzi richiesta dalla necessità di un bilanciamento ragionevole con gli altri interessi e diritti costituzionali in gioco (che la legge attuale, invece, sacrifica, costruendo una gerarchizzazione, non un bilanciamento). La soluzione è esaminata alla luce della giurisprudenza costituzionale: sia delle sentenze 138/2010 e 161/1985, sia di quelle che si riferiscono all'evoluzione del concetto di unità familiare alla luce dell'art. 29 cost.

The case of the ex lege *divorce imposed by law no. 164/1982 is considered in the light of the jurisprudence of the Italian Constitutional Court (judgments no. 138/2010, no. 161/1985 and the development of the notion of the "unity of the family" according to Art. 29 of the Italian Constitution). The continuation of the marriage after the gender reassignment of one of the spouses does not necessarily require rejection of heterosexuality as a fundamental principle of the family: as it can be recognized in terms of an exception to the principle and indeed justified by the need to build a reasonable balance with other constitutional rights at stake (that the law no. 164/1982 sacrifices, building a hierarchy, not a balance).*

* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Bergamo.

GenIUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

1. La nuova questione di costituzionalità

Il paradigma eterosessuale del matrimonio torna, a pochi anni di distanza dalla sentenza n. 138/2010, davanti alla Corte costituzionale.

La questione sollevata davanti alla Corte costituzionale è nuova e diversa da quella esaminata nel 2010 ed ha come 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, vale a dire la sostanziale previsione di un divorzio imposto *ex lege* alla coppia che si fosse sposata prima della rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi.

I riferimenti normativi relativi all'oggetto sono rappresentati dagli artt. 4 e 2 della L. n. 164/82, nella interpretazione – accolta dal decreto della Corte di appello di Bologna del maggio 2011 sul caso A.B.[1] e condivisa dalla Corte di cassazione[2] – secondo la quale la sentenza di rettificazione produce automatico scioglimento ovvero automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio precedente senza necessità né di una domanda né di una pronuncia giudiziale sul punto[3].

I parametri invocati dalla questione (articoli 2 e 29 Cost.; 8 e 12 Cedu come norme interposte *ex* art. 10 e 117, I, Cost.; art. 24 Cost. e art. 3 Cost.) individuano quattro profili di incostituzionalità della disciplina del divorzio imposto[4].

---

1 Dopo il decreto n. 859/2010 della Corte di appello di Bologna (in *Famiglia, persone, successioni*, 2011, n. 8-9, p. 629), la tesi dello scioglimento come effetto inderogabile e diretto della sentenza di rettificazione è stata applicata in un caso di mutamento di attribuzione di sesso (FtM) anche dal Tribunale di Modena, senza che nel procedimento camerale risultasse essere stata formulata alcuna domanda in ordine allo scioglimento del matrimonio (26 maggio 2011, n. 12, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, n. 3, p. 1777): la pronuncia si è limitata a registrare che "la ricorrente risulta coniugata. Ai sensi dell'art. 4 della L. n. 164/1982 la sentenza di rettificazione di sesso produce lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Va, pertanto, dichiarato il menzionato effetto legale del cambiamento di sesso ed ordinato all'ufficiale di stato civile del comune competente di effettuare l'annotazione nel relativo registro".

Sulla nascita e gli sviluppi del caso A.B. v. A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2013, in particolare cap. III.

2 La Corte di cassazione argomenta in modo molto netto sul punto, sul quale si tornerà anche nel par. 6.1.

3 Per cui, più precisamente, l'art. 4 è individuato come oggetto nella parte in cui dispone che la sentenza di rettificazione provoca l'automatica cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso (tale è il matrimonio delle parti ricorrenti) senza la necessità di una domanda e di una pronuncia giudiziale, mentre l'art. 2 è richiamato in combinato disposto con il 4 nella parte in cui, insieme, prevedono la notificazione del ricorso per rettificazione 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.

4 Anche l'ordinanza di rimessione articola le questioni di costituzionalità raggruppandole, in modo leggermente diverso, in quattro distinti profili: innanzitutto, considera unitariamente tutti i profili sostanziali che fanno riferimento ai parametri 2 e 29 Cost. nonché 8 e 12 Cedu; tiene, invece, separati i profili della difesa in giudizio, rispettivamente, del transessuale e del coniuge, riferiti comunque entrambi all'art. 24 Cost.; ed infine prospetta la violazione dell'art. 3 Cost. per l'ingiustificata disparità di regime giuridico delle disposizioni in materia di divorzio.

Sempre quattro sono i profili distinti nell'inquadramento della questione ad opera del servizio della Corte costituzionale, distinti essenzialmente in base alle norme oggetto e parametro:

– all'art. 4 L. n. 164/1982 in relazione agli articoli 2, 10, 29, 117 Cost., si riconducono: la sproporzionata interferenza statuale nella sfera relazionale del destinatario della rettificazione e dell'altro coniuge, la cancellazione imperativa di una relazione affettiva stabile e continuativa dotata di rilievo costituzionale, la soppressione della volontà individuale nell'esercizio del diritto personalissimo allo scioglimento del matrimonio, la violazione del diritto alla vita familiare coniugale, la limitazione sostanziale del diritto all'identità di genere del richiedente e la lesione del diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale contrasto con il diritto al rispetto della propria vita privata e con il diritto di contrarre matrimonio, sanciti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo (Cedu), come interpretata dalla Corte di Strasburgo;

– agli articoli 2 e 4 L. n. 164/1982 in relazione all'art. 24 Cost.: il mancato riconoscimento del diritto del coniuge del richiedente, cui il ricorso deve essere notificato, di opporsi nello stesso giudizio di rettificazione allo scioglimento del preesistente vincolo coniugale ovvero di esercitare il medesimo potere in altro giudizio e l'ingiustificata compressione del diritto di agire giudizialmente a tutela del mantenimento dell'unione coniugale;

– ancora agli articoli 2 e 4 L. n. 164/1982 in relazione all'art. 24 Cost: il mancato riconoscimento del diritto del coniuge che procede per la rettificazione di opporsi nello stesso giudizio allo scioglimento del vincolo coniugale preesistente ovvero di esercitare il medesimo potere in altro giudizio e l'ingiustificata compressione del diritto di agire giudizialmente a tutela del mantenimento dell'unione coniugale;

– all'art. 4 della L. n. 164/1982 in relazione all'art. 3, co. 1, n. 2, lett. g) della legge sul divorzio l'ingiustificata disparità di regime giuridico rispetto ad altre ipotesi ritenute dal legislatore radicalmente impeditive della continuazione della convivenza coniugale, nelle quali è tuttavia necessario l'accertamento giudiziale e la volontarietà della scelta relativa allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

a) Il primo, e centrale, profilo di incostituzionalità – al quale anche gli altri si riconducono, direttamente o indirettamente e sul quale si tornerà nel paragrafo 4.1 – riguarda la difesa della *comunione familiare, dell'unione familiare* istituita con il matrimonio (secondo l'espresso riconoscimento costituzionale per cui "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio"). Si tratta di un profilo tutelato dall'art. 29 Cost., nonché dagli artt. 8 e 12 Cedu, richiamati dalla Cassazione come parametri interposti tramite gli artt. 117, co. 1 e 10, che ha natura di vero e proprio diritto fondamentale e inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost.

b) Il secondo profilo riguarda la violazione del diritto di autodeterminazione nelle scelte relative all'identità personale, nel quale vengono in gioco sia l'*identità* specificamente *sessuale* della persona transessuale, sia l'*identità relazionale* del transessuale e del coniuge.

Il versante dell'identità sessuale è direttamente tutelato dall'art. 2 Cost., secondo il chiaro riconoscimento che ne ha operato la sentenza costituzionale n. 161/1985: fin da allora, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha messo in evidenza come la legge del 1982 avesse accolto "un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero 'naturalmente' evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociali" e fosse conseguentemente giunta ad affermare una concezione del sesso "come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti"[5]; su tale sfondo, la Corte costituzionale ha affermato in modo molto netto che l'art. 2 Cost. "non è violato quando e per il fatto che sia assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità" e che, correlativamente, "gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale"[6].

Il versante dell'identità relazionale riguarda direttamente e nello stesso modo la persona transessuale ed il coniuge: entrambi, infatti, subiscono un pesante effetto di interferenza sulla identificazione relazionale che per ciascuno di essi si compie nel matrimonio, vale a dire entro una relazione affettiva dotata della stabilità, della protezione giuridica, della riconoscibilità ad essa peculiarmente attribuita proprio dal vincolo coniugale. In quanto elemento di autodeterminazione relazionale, anche questo versante viene tutelato dall'art. 2 in relazione al 29 Cost., come diritto fondamentale al riconoscimento ed alla garanzia del vincolo costituito con il matrimonio.

c) Il terzo profilo di incostituzionalità riguarda la violazione del diritto fondamentale di agire in giudizio per la difesa dei propri diritti, per l'impossibilità di agire giudizialmente, nel giudizio di rettificazione ovvero in altro procedimento, opponendosi allo scioglimento e a tutela del mantenimento dell'unione coniugale; impossibilità che è determinata dalla esclusione della necessità di pronuncia giudiziale e dalla produzione *ex lege* dell'effetto solutorio. Il diritto fondamentale riguarda ugualmente entrambi i coniugi ed è tutelato dall'art. 24 Cost.

d) Infine, il quarto profilo è quello di una irragionevole disparità di trattamento della sola ipotesi del divorzio imposto in seguito alla rettificazione di sesso, rispetto a tutte le altre ipotesi di scioglimento del matrimonio ed in particolare rispetto a quelle analogamente ritenute dal legislatore radicalmente impeditive della continuazione della convivenza coniugale (condanne penali molto gravi o per reati sessuali, tentato uxoricidio, omicidio o tentato omicidio di un figlio, incesto). Il parametro di costituzionalità è rappresentato dall'art. 3 Cost. in riferimento al *tertium comparationis* individuato nelle ipotesi di divorzio di cui all'art. 3, co. 1, n. 1, lett. a) b) c) e n. 2 lett. d) della L. n. 898/1970[7].

---

5 Osserva anche la sentenza n. 161/1985: "… E poiché il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo 'naturale' modo di essere, il legislatore ha preso atto di una simile situazione, nei termini prospettati dalla scienza medica, per dettare le norme idonee, quando necessario, a garantire gli accertamenti del caso ovvero a consentire – sempre secondo le indicazioni della medicina – l'intervento chirurgico risolutore, e dare, quindi, corso alla conseguente rettificazione anagrafica del sesso".

6 Aggiungendo persino che "quanto… al turbamento dei rapporti sociali che il giudice a quo sembra adombrare in conseguenza della rettificazione dell'attribuzione di sesso del transessuale, pur essendo arduo individuare il parametro di riferimento, è certo che il far coincidere l'identificazione anagrafica del sesso alle apparenze esterne del soggetto interessato o, se si vuole, al suo orientamento psicologico e comportamentale, favorisce anche la chiarezza dei rapporti sociali e, così, la certezza dei rapporti giuridici".

7 Art. 3, co. 1, n. 1, lett.: a) all'ergastolo ovvero ad una pena superiore ad anni quindici, anche con più sentenze, per uno o più delitti non colposi, esclusi i reati politici e quelli commessi per motivi di particolare valore morale e sociale; b) a qualsiasi pena detentiva per il delitto di cui all'articolo 564 del codice penale [incesto] e per uno dei delitti di cui agli articoli 519, 521, 523 e 524 del codice penale [violenza sex], ovvero per induzione, costrizione, sfruttamento o favoreggiamento della prostituzione; c) a qualsiasi pena per omicidio volontario di un figlio ovvero per tentato omicidio a danno del coniuge o di un figlio; n. 2, lett.: d) il procedimento penale per incesto si è concluso con sentenza di proscioglimento o di assoluzione che dichiari non punibile

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

2. Il nodo sul quale la questione di costituzionalità ricade: può sopravvivere un matrimonio in contraddizione con il paradigma eterosessuale?

Qual è la *ratio* dell'art. 4 della L. n. 164, posto che la disposizione debba intendersi come clausola di automatico scioglimento del matrimonio precedente? Essa andrebbe individuata nel fatto che tale matrimonio, dopo la rettificazione, si configura come una relazione che entra in contrasto con il paradigma eterosessuale.

La legge del 1982 non ha previsto – a differenza di altri ordinamenti[8] – limitazioni connesse allo stato civile della persona per l'accesso alla rettificazione; in presenza di un coniuge e di figli, l'art. 2 si limita a garantire loro la notificazione della domanda.

La sorte del matrimonio anteriore alla sentenza di rettificazione è segnata da una disposizione di scioglimento che è stata intesa operare *inderogabilmente* e *contestualmente* dalla – peraltro rarissima – giurisprudenza in materia, che ha interpretato l'art. 4 nel senso che lo scioglimento sia pronunciato nel medesimo giudizio di rettificazione di attribuzione di sesso[9]; anche per la giurisprudenza costituzionale l'avvenuta rettificazione "impone, operata la trasformazione anatomica, lo scioglimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso"[10].

La dottrina ha, invece, reagito criticamente nei confronti dell'automatismo[11], lamentando la mancanza della fase presidenziale tipica del procedimento di divorzio ed intesa a esperire il tentativo di conciliazione tra i coniugi[12], senza peraltro revocare apertamente in dubbio che a un matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso potesse essere concesso di sopravvivere. È stato quando la legge n. 74/1987 ha aggiunto il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione all'elenco espresso dei casi in cui il divorzio può essere domandato da uno dei coniugi che ci si è chiesti se la modifica avesse reso necessario, per lo scioglimento del matrimonio, un procedimento successivo e distinto: che avrebbe avuto come presupposto il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione e che, naturalmente, avrebbe richiesto una specifica manifestazione di volontà da parte di uno dei coniugi[13].

Ipotizzando l'effetto abrogativo della novella del 1987 sull'automatismo dell'art. 4 L. n. 164/1982, si è giunti ad ammettere la possibilità di un matrimonio che, celebrato tra persone di sesso diverso, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi sopravvivesse tra due persone dello stesso sesso anagrafico, quanto meno per il tempo necessario allo svolgimento del procedimento relativo al divorzio.

Ma proprio questo argomento è stato rimarcato ed utilizzato per riproporre la tesi dell'automatismo, negando – al fine di scongiurare ogni possibilità di riconoscimento di matrimoni tra persone ormai dello stesso sesso[14] – ogni effetto abrogativo della riforma della legge sul divorzio rispetto alla legge sul

il fatto per mancanza di pubblico scandalo.

8 Secondo la rilevazione 2010, curata da Castagnoli per il *Policy Department C: Citizens' Rights and Constituzional Affairs* del Parlamento europeo, doc. 425.621: Gran Bretagna, Rep. ceca, Estonia, Francia, Cipro, Ungheria, Polonia, Portogallo; in Germania è intervenuta la sentenza *BVerfG*, 27 maggio 2008, 1BvL 10/05, dichiarando l'incostituzionalità della necessità di scioglimento preventivo del matrimonio, cancellata quindi dalla legge in materia (*Transsexuellengesetz – TSG*). V. anche S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2012, n. 2, p. 163.

9 Tribunale di Roma, 3 dicembre 1982, in *Giustizia civile*, 1983, I, p. 996: «la pronuncia di rettificazione di attribuzione di sesso e la pronuncia di divorzio si pongono in posizione di dipendenza necessaria, la seconda rispetto alla prima e vanno adottate nel medesimo contesto processuale; trattandosi di azioni di stato strumentali, la pronuncia di divorzio avrà efficacia soltanto quando sarà passata in giudicato l'altra».

10 Corte costituzionale, n. 161/1985; per la Corte costituzionale non è la rettificazione anagrafica del mutamento di sesso di uno dei coniugi ad incidere sulla famiglia, ma l'esistenza della "sindrome transessuale" della persona; la tutela dell'*ordine naturale della società familiare* non costituisce, quindi, argomento pertinente a negare la rettificazione, come – invece – era stato ipotizzato nell'ordinanza di rimessione; e neppure dalla necessità di garanzia degli obblighi familiari (art. 30 Cost.) scaturisce alcuna incostituzionalità: la sentenza si limita a confermare che restano fermi i doveri e le responsabilità genitoriali del transessuale.

11 Ad es. M. Finocchiaro, *Divorzio e transessualismo*, in *Giustizia civile*, 1983, I, pp. 998 ss.

12 Per il Tribunale di Roma, 3 dicembre 1982, cit., trattandosi di un'ipotesi di divorzio "necessitato", l'assenza della fase presidenziale risulterebbe giustificata dall'impossibilità di procedere alla conciliazione: in realtà, l'udienza presidenziale non ha solo funzione conciliativa, essendo prevista l'adozione di provvedimenti urgenti in favore della prole e dei coniugi.

13 G. Palmeri, M.C. Venuti, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in *Diritto di famiglia*, 1999, p. 1331; ma anche P.M. Vecchi, *Transessualismo e discriminazioni*, in *Familia*, 2001, p. 343, nota 142; A. Cordiano, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Familia*, 2004, n. 1, p. 125.

14 La tesi dell'abrogazione viene utilizzata per dimostrare che il legislatore avrebbe già incrinato la saldezza del paradigma

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

transessualismo[15].

Anche dopo la novella del 1987, la soluzione della pronuncia contestuale di rettificazione e divorzio trova conferma nella giurisprudenza: nel giudizio di rettificazione – promosso da persona che agiva per il riconoscimento di un transito MtF, in cui si era costituita la moglie, in proprio e quale esercente la potestà sulla figlia minore, domandando la pronuncia della cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con il ricorrente – lo scioglimento appare una conseguenza automatica, diretta e necessaria del mutamento del sesso con effetto al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione[16]. Il problema affrontato nella sentenza *de quo* restava, però, circoscritto alle forme ed ai modi dello scioglimento ed alla possibilità della concentrazione di diversi procedimenti in un'unica sede, facendo apparire la soluzione adottata plausibile e sufficientemente sostenuta da considerazioni di ordine temporale, di economia dei procedimenti e di chiarezza della situazione giuridica[17].

Profondamente diversa è la questione qualora nessuno dei coniugi proponga la domanda di divorzio nel giudizio di rettificazione (né in separato giudizio), ovvero qualora entrambi manifestino univocamente la volontà di conservare il vincolo: in tal caso, non viene in discussione solo la scelta della sede processuale, ma la questione sostanziale *dei modi e dei limiti* in cui può ritenersi ammissibile un'ipotesi di scioglimento inderogabile e d'ufficio.

Nel caso A.B.[18], da cui origina l'ordinanza, il giudice di appello ha sviluppato fino alle estreme conseguenze la tesi dell'automatismo dello scioglimento del vincolo matrimoniale: poiché attendere la pronuncia di divorzio per lo scioglimento del matrimonio significherebbe 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.

La Corte di cassazione conferma e condivide questa lettura, affermando che il legislatore del 1982 avrebbe operato un bilanciamento di interessi *privo di ambiguità* tra il diritto al riconoscimento della "vera" identità di genere del soggetto che desidera rettificare il sesso attribuito alla nascita, da un lato, e l'interesse statuale a non modificare i modelli familiari, nonostante il potenziale sacrificio del diritto alla vita privata e familiare che tale bilanciamento determinerebbe, dall'altro; il diritto all'autodeterminazione non si potrebbe estendere fino al punto di consentire la scelta di conservare il matrimonio antecedente in quanto ciò non sarebbe stato ritenuto coerente "con il sistema dei valori fondanti l'ordinamento costituzionale e di diritto interno (considerati al momento di entrata in vigore della legge)": non possiamo non rilevare che qui l'ordinanza introduce una parentesi molto interessante, che già indirizza verso una relativizzazione dei pretesi valori fondanti[19].

La ricostruzione della Cassazione attribuisce il valore di una vera e propria opzione esplicita e consapevole da parte del legislatore ad un costrutto che, in realtà, resta inespresso nella disciplina del transessualismo, di cui rappresenta la struttura di genere presupposta[20]. Tale costrutto di genere riguarda l'allineamento etero-normativo di sesso e sessualità.

La legge n. 164/1982 ha, infatti, incorporato il riferimento ad una costruzione implicita che sovrappone e intreccia indissolubilmente attribuzione di *sesso* e *sessualità* (orientamento della sessualità): l'intera disciplina si regge sull'assunto che il *cambio di sesso avvenga per praticare la sessualità implicitamente intesa come propria del sesso opposto, nel quale il soggetto transessuale si riconosce*; la stessa esigenza in base alla quale si riconosce esistere uno squilibrio tra le componenti fisico-biologiche e quelle psicologiche

---

eterosessuale e relativizzato la differenza di genere quale carattere ontologico del matrimonio da A. Pugiotto, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *www.forum costituzionale.it*, 2008, p. 14.

15 E. Del Prato, *Patti di convivenza,* in *Familia,* 2002, n. 4, p. 959; P.M. Vecchi, *Transessualismo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1994, p. 10; P. Stanzione, *Transessualità,* in *Enciclopedia del diritto,* Roma, Giuffré, 1992, p. 889.

16 Tribunale di Fermo, 28 febbraio 1996, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, I, p. 2083.

17 Non appare, invece, accettabile alla Cassazione che, nell'ordinanza di rimessione, ha rilevato che da un intervento normativo specificamente finalizzato come quello del 1987 non potrebbe farsi discendere "una modifica dei modelli matrimoniali preesistenti" (p. 19) e che l'effetto solutorio non può risultare *secundum eventum litis*, subordinatamente all'esercizio dell'iniziativa officiosa del tribunale (p. 21).

18 Che indichiamo con le sole iniziali, posta l'avvertenza dell'ordinanza della Corte di cassazione (p. 39) che prescrive che in caso di diffusione siano omesse le generalità delle parti; in altri scritti precedenti abbiamo, invece, omesso questa cautela perché l'interessata stessa ha più volte parlato apertamente in pubblico della sua vicenda.

19 Si veda il punto a p. 17 dell'ordinanza di rimessione.

20 A proposito degli impliciti di genere nei testi normativi, si veda *Presupposizioni, implicature e questioni di genere nei testi normativi*, atti del Convegno di Torino del 29 novembre 2013, in corso di pubblicazione.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

del sesso e si attribuisce rilevanza alla identificazione psicologica consentendo il mutamento, appare anche indirizzare "univocamente" la sessualità del soggetto transessuale. Il sottinteso della regola dello scioglimento automatico del matrimonio (prevista nell'art. 4 della L. 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).

La legge n. 164 non ha difficoltà a riconoscere ampiamente questo orizzonte, tanto è vero che non pone limiti al matrimonio successivo del transessuale con un soggetto di sesso diverso da quello acquisito, confinando nell'irrilevanza il fatto che il sesso del coniuge sia uguale a quello di origine del transessuale; specularmente, considera una sorta di effetto "collaterale" non problematico lo scioglimento del matrimonio precedente, perché la sua conservazione, in realtà, non appare neppure tra gli orizzonti ritenuti "desiderabili" da parte del transessuale. Quanto al coniuge del/la transessuale, viene in considerazione solo come possibile ostacolo al mutamento, per domandare se abbia titolo per opporsi alla rettificazione[21].

Anche le critiche che la dottrina ha rivolto al legislatore per avere introdotto una ipotesi anomala di divorzio automatico, del resto, non hanno mai messo apertamente in discussione il presupposto implicito di una sessualità eterosessuale allineata al sesso acquisito, confinando ad ipotesi di scuola il dubbio sulla rilevanza della volontà dei coniugi contraria allo scioglimento del matrimonio[22].

Fino a quando il caso A.B. irrompe sulla scena dicendo "io sono il vostro caso di scuola", mettendo in discussione l'orizzonte implicito, costringendo a riflettere criticamente sul presupposto dell'allineamento etero-normativo di identità sessuale e orientamento della sessualità; nel momento in cui quel presupposto vacilla, anche il bilanciamento degli interessi di rango costituzionale, condizionato dalla affermazione indiscussa della coincidenza necessaria tra eterosessualità e matrimonio, che era apparso tanto poco problematico al legislatore del 1982, richiede un attento e radicale ripensamento.

La questione dell'incorporazione del paradigma eterosessuale nell'istituto del matrimonio gioca, dunque, un ruolo decisivo nella questione, richiamando immediatamente il rilievo della sentenza costituzionale n. 138/2010, che su questo punto si è espressa, e che è stata direttamente, anche se sbrigativamente, evocata nella pronuncia della Corte di appello che ha applicato lo scioglimento automatico del matrimonio di A.B.[23]

21 La Cassazione ha all'epoca sollevato in questo senso una questione di costituzionalità, che la Corte costituzionale ha respinto 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".

22 V. anche B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Bin, Brunelli, Guazzarotti, Pugiotto, Veronesi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2010, nota 28.

23 V. Corte di appello di Bologna, n. 859/2010, *supra* n. 1: "la diversità sessuale dei coniugi è il presupposto di tutta la disciplina positiva – codice civile e legislazione speciale – dell'istituto matrimoniale, da ritenersi non incompatibile né con la Costituzione né con la Carta dei diritti dell'uomo, secondo hanno statuito pronunce della Consulta e della Corte di Strasburgo".

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

3. La sentenza 138/2010 come precedente

3.1 Cosa ha detto la 138

Secondo la sentenza n. 138/2010 il matrimonio incorpora il paradigma eterosessuale, non in quanto "società naturale"[24], bensì in quanto ha assunto e fatto proprio il riferimento del codice civile ad una tradizione (il nesso del codice civile ad una tradizione) che solo il legislatore potrebbe modificare[25].

In questo modo la sentenza è stata letta da numerosi interpreti[26], e, ciò che più rileva, in questo modo è stata letta dalla Cassazione nella sentenza n. 4184/2012 (in cui, 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[27]) ed ancor più nettamente nell'ordinanza di rimessione di cui ci occupiamo, che afferma: "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"[28].

Non la pensa così, però, una parte della dottrina che ritiene il paradigma incorporato indissolubilmente nel testo costituzionale dell'art. 29 Cost., o che comunque considera che l'abbia ritenuto incorporato la sentenza n. 138[29].

Quanta differenza potrebbe fare, non già in generale, bensì per la soluzione della questione di costituzionalità specifica, se l'incorporazione dovesse ritenersi al livello costituzionale?

---

24 Al punto 9 del *Considerato in diritto*: "La norma, che ha dato luogo ad un vivace confronto dottrinale tuttora aperto, pone il matrimonio a fondamento della famiglia legittima, definita 'società naturale' (con tale espressione, come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere). Ciò posto, è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere 'cristallizzati' con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei princìpi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata".

25 *ivi*: "I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, *in assenza di diversi riferimenti*, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (*e tuttora stabilisce)* che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa" (corsivo nostro).

26 Personalmente ritengo che tale lettura della sentenza n. 138 mantenga viva la possibilità di una evoluzione in questa materia che consenta ad un futuro legislatore di introdurre il matrimonio *same-sex*, ma soprattutto componga in un quadro plausibile alcune indubbie contraddizioni e paradossi argomentativi della sentenza; in questo senso mi sembra che offra un valore aggiuntivo rispetto alla osservazione, per così dire "minimale", per cui si tratta di *obiter dicta* in una sentenza di rigetto; per le argomentazioni rinvio a B. Pezzini, *Il matrimonio* same-sex *si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 799.

27 Corte di cassazione, prima sezione civile, 15 marzo 2012, n. 4184: "Il suo riconoscimento e la sua garanzia [si intende: del matrimonio tra due persone dello stesso sesso] – cioè l'eventuale disciplina legislativa diretta a regolarne l'esercizio – in quanto non costituzionalmente obbligati, sono rimessi alla libera scelta del Parlamento… Ne segue che la giurisprudenza di questa Corte – secondo la quale la diversità di sesso dei nubendi è, unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante, requisito minimo indispensabile per la stessa 'esistenza' del matrimonio civile, come atto giuridicamente rilevante – non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire 'naturalistico', della stessa 'esistenza' del matrimonio".

28 Citando espressamente la sentenza costituzionale n. 138 ed il caso *Schalk e Kopf* per la Corte Edu: v. p. 25.

29 Il quadro delle interpretazioni è stato ricostruito da R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Unioni e matrimoni* same-sex *dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, Jovene, 2011, p. 3; da ultimo anche F. Mannella, *I "diritti" delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013, F. Mastromartino, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

In precedenti scritti in cui mi sono occupata dell'argomento[30], io stessa ho rimarcato la differenza tra le due ipotesi, argomentando che la tesi dell'incorporazione del paradigma a livello costituzionale (da me non condivisa) avrebbe ostacolato una soluzione interpretativa volta a garantire i diritti dei coniugi e a far prevalere la tesi della normalità del procedimento di divorzio anche nell'ipotesi di matrimonio antecedente alla rettificazione su quella dello scioglimento automatico ed imposto (interpretando l'art. 4 L. n. 164/82 alla luce dell'art. 3, n. 2, lett. g) L. n. 898/70 e non viceversa).

La proposizione di una questione di costituzionalità in termini di adeguatezza del bilanciamento, invece, modifica il quadro da considerare, nella misura in cui, come si argomenterà più ampiamente, nelle operazioni di bilanciamento si tratta sempre di trovare *il punto di massima garanzia che si possa contemporaneamente offrire a tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti in gioco*: mentre il divorzio imposto soddisfa solo l'interesse alla conservazione del modello esclusivamente eterosessuale del matrimonio, sacrificando interamente tutti gli altri interessi e diritti fondamentali in gioco, la rinuncia allo scioglimento automatico garantirebbe adeguatamente tutti gli altri interessi costituzionalmente rilevanti, senza imporre il sacrificio del principio della eterosessualità del matrimonio[31], che resterebbe salvo, solo parzialmente intaccato da una eccezione (peraltro di carattere marcatamente straordinario nei suoi presupposti).

3.2 Eterosessualità del matrimonio e sopravvivenza del matrimonio dopo la rettificazione: le differenze tra la questione di costituzionalità del 2010 e quella attualmente pendente

Ferma restando la contiguità delle due questioni, per quanto riguarda la messa in discussione del paradigma eterosessuale del matrimonio esse presentano sostanziali differenze: mentre il matrimonio *same-sex* esce dal paradigma, mettendolo radicalmente in discussione, il matrimonio antecedente la rettificazione mantiene la sua radice entro il paradigma, tanto è vero che, in un certo senso, potremmo dire che *pretende tutela proprio in quanto* si è validamente costituito entro il paradigma. La pretesa di *continuità* di tale matrimonio, dunque, non sfida necessariamente il paradigma: o meglio, sfida il carattere paradigmatico del requisito della diversità di sesso dei coniugi, senza mettere in discussione il *principio dell'eterosessualità* associata al matrimonio; con la sopravvivenza del matrimonio si realizzerebbe solo un passaggio dal paradigma al principio (potendosi forse parlare di una "degradazione" dell'eterosessualità da paradigma a principio del matrimonio).

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

Innanzitutto, la continuità può derivare da una logica di *piena e assoluta indifferenza* dell'ordinamento rispetto ai modelli matrimoniali in cui il matrimonio è indifferente alla condizione di differenza ovvero di omogeneità di sesso dei coniugi: in questo caso il matrimonio, nato eterosessuale, continua come *same-sex* nell'indifferenza dell'ordinamento, che conosce un solo tipo di matrimonio *per tutti*.

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 conseguente possibilità del legislatore di caratterizzare il modello matrimoniale) secondo la Cassazione sarebbe stata, come abbiamo visto, riconosciuta dalla sentenza n. 138/2010 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 tutela costituzionale *necessaria*[32]): il matrimonio, infatti,

30 V., in particolare, *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*, Napoli, Jovene, 2013, vol. II, p. 733.

31 Così anche A. D'Aloia, *Il divorzio obbligato del transessuale. Ancora un "incerto del mestiere di vivere" davanti alla Corte costituzionale*, in *www.confronticostituzionali.it*, 23 luglio 2013.

32 A proposito del monito inascoltato che la sentenza n. 138/2010 ha rivolto al legislatore, il presidente Gallo nella Relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale del 2012 ha osservato (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

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

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).

In questo quadro, 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 adeguatamente riconosciuta si potrebbe, forse[33], ragionare di un bilanciamento non inadeguato[34].

In assenza di qualsiasi disciplina a carattere generale, e non potendo la giurisprudenza costituzionale offrire direttamente forme idonee di riconoscimento e garanzia[35], il matrimonio – pur divenuto tra persone dello stesso sesso – non può che proseguire come tale: la tutela di interessi costituzionalmente protetti di adeguata rilevanza, che il legislatore non è in grado di tutelare, rende indispensabile ammettere una eccezione alla struttura generalmente eterosessuale dell'istituto.

Sia nella seconda, sia nella terza delle ipotesi considerate, la continuità del matrimonio si configura nei termini di una *eccezione* al principio dell'eterosessualità del matrimonio (ed in quanto *eccezione* risulta consentita la sopravvivenza di un vincolo matrimoniale tra due persone diventate dello stesso sesso).

Resta una differenza tra le due ipotesi nella ponderazione degli interessi costituzionali che devono essere protetti *attraverso l'eccezione*; nella terza ipotesi, infatti, il peso delle posizioni tutelate deve risultare decisamente più consistente, in quanto deve essere adeguato a superare una incorporazione del paradigma eterosessuale del matrimonio di rango costituzionale; mentre nella seconda ipotesi l'eccezione

---

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: "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 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 séguito a questi inviti. Il che ha costretto talvolta la Corte a dichiarare, quando è stato possibile, l'illegittimità costituzionale delle norme non emendate".

33 Dal momento che resterebbe la perplessità sul carattere discriminatorio e stigmatizzante di quella che è una indubbia "degradazione" da un modello di relazione familiare di prima classe (matrimonio) ad uno di seconda classe (unione registrata).

34 In ciò emerge tutta la differenza rispetto a situazioni nazionali che sono state ritenute non inadeguate dalla giurisprudenza della Corte Edu, 2006, *Parry c. Regno unito* (in cui, considerato che l'ordinamento inglese non riconosce i matrimoni fra persone dello stesso sesso, ma prevede l'istituto della *civil partnership* fra persone dello stesso sesso, non è stato ritenuto sproporzionato, in riferimento all'art. 8 Cedu, che l'ordinamento nazionale offrisse alla coppia di continuare la propria relazione con uno *status* legale quasi identico rispetto al matrimonio quanto a tutele e diritti: "*The Court cannot but conclude therefore that the matter falls within the appreciation of the Contracting State as how to regulate the effects of the change of gender in the context of marriage (Christine Goodwin, cited above, § 103). 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 recognised 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*").

35 Essendo palesemente insufficiente l'intervento che la sentenza n. 138/2010 ha previsto una "tutela di specifiche situazioni" che richiedono un trattamento omogeneo (nel punto 8 del *Considerato in diritto*: "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 omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza").

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

si riconduce allo spazio di discrezionalità proprio del legislatore in materia di modelli familiari.

È una operazione di bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente protetti dalla regola e quelli costituzionalmente protetti dalla eccezione che deve essere delineata persuasivamente: e sono proprio il rango ed il peso degli interessi costituzionali in gioco (e in bilanciamento) che non consentono dubbi sulla *necessità* dell'eccezione.

4. Quale bilanciamento

Nell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione, il quadro di apprezzamento e valutazione del bilanciamento appare nettamente orientato: a p. 23 l'ordinanza afferma che il quesito sottoposto alla Corte riguarda la "valutazione dell'adeguatezza del sacrificio imposto a tali diritti dall'imperatività dello scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi" e a p. 25 riconosce l'"inadeguato bilanciamento d'interessi costituzionalmente rilevanti"[36].

Non è difficile rilevare la manifesta sproporzione del bilanciamento realizzato dal legislatore, già semplicemente prendendo in considerazione le posizioni di rango costituzionale coinvolte; da un lato, vi è l'interesse statuale a non modificare i modelli familiari (l'interesse generale all'incorporazione del paradigma eterosessuale nell'istituto del matrimonio); dall'altro, in contrapposizione, interessi costituzionalmente tutelati individuati sono numerosi e diversi.

Innanzitutto, una serie di veri e propri diritti fondamentali:

– il diritto fondamentale 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 nel profilo sostanziale che strumentale (possibilità di azione a tutela del vincolo);

– il diritto del coniuge del transessuale di scegliere se continuare la relazione coniugale, sotto il profilo sostanziale e strumentale;

– il diritto di entrambi alla conservazione dell'unità della comunione familiare che si è costruita con il matrimonio.

Cui si aggiungono l'interesse *istituzionale* della famiglia fondata sul matrimonio (in quanto nata dal matrimonio) a conservare la propria identità istituzionale come tale e la coerenza normativa riferita all'istituto del divorzio: il principio di uguaglianza come principio ordinatore del sistema normativo è, infatti, messo in discussione da una asimmetria che individua questa *unica* ipotesi di divorzio imposto, riflettendosi nel diritto soggettivo a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali viene riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio anche in presenza di ipotesi alle quali l'ordinamento riconosce una attitudine a consentire di recidere immediatamente e direttamente il legame coniugale e che parrebbero ricondursi ad azioni ed eventi altrettanto se non più squilibranti e perturbanti della comunione di vita tra i coniugi.

A questo già ricco elenco di situazioni costituzionalmente rilevanti, si può accompagnare un ulteriore elemento di coerenza sistematica: nel caso in questione, la coppia non ha avuto figli prima della transizione del marito ma, se li avesse avuti, il padre (o la madre) anche dopo il transito e la rettificazione resterebbero identificati nei confronti della prole come *padre* (o *madre)*, quindi con il proprio sesso originario. Di conseguenza, la loro precedente identità sessuale come maschio o femmina sopravvivrebbe e produrrebbe effetti sul piano della relazione familiare verticale genitore-figlio ma non su quello della relazione familiare orizzontale coniugale, con un'ulteriore elemento di incoerenza del sistema normativo.

Nella interpretazione proposta della legge n. 164/1982, in realtà, non c'è alcun bilanciamento, ma solo *gerarchizzazione* degli interessi costituzionali: tutti gli altri interessi e diritti costituzionali vengono sacrificati alla difesa del paradigma eterosessuale del matrimonio, che li annulla.

Resta difficile, per non dire impossibile, individuare persuasivamente quale interesse pubblico sia incorporato nella *pretesa di esclusiva* delle coppie eterosessuali e se esista realmente un interesse, ancorato e ancorabile al paradigma eterosessuale, che sia qualificabile in positivo e diverso dalla conservazione della tradizione (e dalla forza della statistica).

Ed anche ammesso che possa parlarsi di un legittimo interesse dello Stato a promuovere la formazione di coppie eterosessuali stabilmente coniugate, non si vede cosa potrebbe rendere accettabile il sacrificio di tutti gli altri interessi che abbiamo visto emergere o quale danno, difficoltà o limitazione dei

36 Si parla espressamente di "una compressione del tutto sproporzionata dei diritti della persona legati alla sfera relazionale intersoggettiva, mediante un'ingerenza statuale diretta e non altrimenti eliminabile, neanche limitata al soggetto destinatario della pronuncia di rettificazione di attribuzione di sesso, ma estesa anche al coniuge ancor più ingiustificatamente colpito da tale interferenza".

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

propri diritti ricadrebbero sulle coppie eterosessuali, se si dovesse consentire ad una coppia (divenuta) dello stesso sesso di conservare lo *status* coniugale.

L'ordinanza della Cassazione è in sé ricca di considerazioni condivisibili che argomentano sulla rilevanza fondamentale e incomprimibile dei valori presidiati dalla costituzione e irragionevolmente sacrificati dalla legge n. 164. I parametri di costituzionalità che vengono richiamati si ricollegano tutti al valore costituzionale dell'unità familiare, già indicato come il parametro costituzionale centrale: la possibilità di sopravvivenza di una unione coniugale validamente istituitasi nell'ambito del diritto vigente come unione tra persone di sesso diverso riguarda direttamente *la protezione dell'unità familiare* – così come vissuta e interpretata dai coniugi – *da interferenze esterne volte alla dissoluzione di tale unità*; si tratta di proteggere il riconoscimento di una società naturale fondata sul matrimonio e i diritti di una famiglia fondata sul matrimonio (come espressamente richiede l'art. 29 Cost.).

Non sembra, infatti, che si possa ammettere il sacrificio proprio dell'integrità del vincolo costruito sul matrimonio e, di conseguenza, dei diritti della famiglia garantiti dall'art. 29, nella misura in cui quei diritti possano essere interpretabili sulla base della autodeterminazione dei coniugi. Dal momento che sono i coniugi ad avere interpretato la situazione determinata dalla rettificazione di sesso di uno di loro come compatibile con la conservazione del legame coniugale, non si può accettare che tra i diritti della famiglia 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.

Tanto più che l'ordinamento riconosce, invece, ampiamente l'autodeterminazione dei coniugi rimettendo direttamente a loro, nella disciplina della separazione, la qualificazione della intollerabilità della prosecuzione della convivenza, così come a loro rimette di valutare autonomamente se l'unità familiare sia stata compromessa da altri gravi eventi.

4.1 La tutela costituzionale dell'unità familiare

D'altra parte, anche dall'evoluzione della giurisprudenza costituzionale è possibile osservare come l'interpretazione dell'unità familiare evolva nel tempo ed abbia una storia peculiare, un andamento che conferma la relatività storica dell'istituto del matrimonio e delle sue interpretazioni.

Il riferimento costituzionale all'unità familiare nell'art. 29 Cost. sembra, dapprima, solo capace di fotografare e recepire passivamente il modello sociale, ma diventa poi un vero criterio di orientamento degli istituti del diritto di famiglia (e, per loro tramite, dei rapporti di genere), in una prospettiva di forte valorizzazione della uguaglianza, che richiede l'impegno a costruirla liberandosi delle sopravvivenze di una tradizione che la nega.

Lo si può osservare molto facilmente nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sull'adulterio, che ha riguardato 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 riproponevano la medesima distinzione.

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

La differenziazione voluta dal legislatore appare alla Corte ragionevolmente giustificata in quanto, intesa l'uguaglianza come non arbitrarietà delle differenziazioni, la violazione della fedeltà coniugale della moglie è 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.

Contemporaneamente, alla luce dell'art. 29 Cost., la disparità tra i coniugi viene letta come una eccezione all'uguaglianza tra i coniugi giustificata in nome dell'unità familiare: 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 (dalla reputazione sociale della famiglia, alla costruzione "asessuata" della figura della "madre" e all'incertezza sulla paternità; persino evocando, pur con qualche cenno di riprovazione, lo spettro della violenza patriarcale)[37].

Nelle conclusioni la sentenza rimanda la costruzione dell'inferiorità al piano sociale, che l'ordina-

37 "… e ciò senza punto far calcolo, in quanto fatti anormali e che si auspicano destinati a scomparire, delle reazioni violente e delittuose cui, in ispecie in certi ambienti, può in particolare dar luogo la infedeltà della moglie".

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

mento 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".

Quando, sette anni dopo, la Corte sarà chiamata ad affrontare nuovamente la medesima questione (n. 126/1968), ribalterà il dispositivo in una pronuncia di incostituzionalità per violazione dell'art. 29 Cost.

Il giudice delle leggi continua a ritenere che, essendo l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi affermata contestualmente al richiamo dell'unità familiare, la prima possa subire limitazioni in nome della seconda; non solo, continua a vedere nel marito il "punto di convergenza dell'unità familiare e della posizione della famiglia nella vita sociale": ciò nonostante, l'unità familiare non spiega né giustifica la discriminazione in materia di adulterio che, anzi, nuoce alla coesione familiare ponendo la moglie in condizione di subordinazione e ledendo la sua dignità.

Nelle due meno note sentenze che completano la sequenza, la riflessione si articola ulteriormente.

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 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 (n. 127/1968). Significativo è anche 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: "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".

Un anno dopo la Corte costituzionale riconsidera le disparità che sopravvivevano nella normativa penale, che manteneva la diversa configurazione dei reati di relazione adulterina (comunque illecita) per la moglie e di concubinato per il marito, che vengono entrambi dichiarati incostituzionali (n. 147/1969). È proprio la funzione del riferimento all'*unità familiare* a risultare completamente ridefinita; se nel 1961 era servito, in parallelo con la qualificazione di "naturale", 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: il dato sociale non va neppure interrogato, posto che il principio costituzionale sopravvenuto alla disciplina codicistica impone la piena uguaglianza.

Il blocco delle sentenze sull'adulterio si intreccia con una serie di sentenze riferite ai rapporti patrimoniali dei coniugi, che restituiscono assai chiaramente una visione della famiglia patriarcale che condiziona fortemente la riflessione sull'uguaglianza di genere affermata dalla Costituzione, ritardando la consapevolezza della portata fortemente innovativa delle norme costituzionali.

La prima sentenza (n. 46/1966) contiene un'inattesa apertura di principio a proposito di uguaglianza e unità familiare, che sembra indirizzare il riferimento all'art. 3 Cost. nella condivisibile e convincente prospettiva della necessità di uno scrutinio molto stretto delle discriminazioni per ragioni di sesso ("l'assoluto divieto fatto al legislatore dall'art. 3 di disporre qualsiasi diversità di trattamento giuridico per ragioni di sesso" incontrerebbe nei rapporti familiari "un solo e tassativo limite", posto dall'art. 29 a garanzia dell'unità della famiglia); di conseguenza, l'incostituzionalità dell'art. 156 c.c. – nella parte in cui declina l'obbligo di mantenimento da parte del marito, in regime di separazione consensuale, senza tenere conto delle condizioni economiche della moglie – è pronunciata perché, per effetto della separazione, viene meno l'unità morale e materiale della famiglia e insieme cade l'unica eccezione possibile alla regola dell'uguaglianza tra i coniugi. L'apertura di principio non impedisce di confermare una visione assolutamente tradizionale della funzione economica del matrimonio, certamente non paritaria: l'unione coniugale garantisce l'accesso, da parte della moglie, ad uno *status* economico che il marito, capofamiglia *breadwinner,* è tenuto a garantirle.

Nella sentenza n. 144/1967 il giudice costituzionale illustra ancor meglio questa visione.

In costanza di matrimonio, l'asimmetria degli obblighi di mantenimento dei coniugi trova il suo "fondamento nella diversa posizione che il vigente Codice di diritto privato" attribuisce loro, "ritenendola necessaria ad assicurare l'unità della famiglia": una disparità "che si concreta nell'attribuire al marito (oltre che l'esclusività dell'esercizio della 'patria potestà' sui figli) la titolarità di una 'potestà maritale', alla quale connette una ampia serie di particolari poteri, tali da porlo in posizione di preminenza sulla moglie. A siffatta preminenza si accompagna poi anche l'affievolimento delle sue responsabilità per l'inadempimento di qualcuno degli obblighi derivanti dallo stato matrimoniale", in particolare dell'obbligo di fedeltà.

In questa pronuncia l'unità familiare non è più solo una clausola di incorporazione della tradizione: l'unità è (fatta coincidere con) l'asimmetria di genere, la subordinazione della donna all'uomo, l'ordine

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

patriarcale che costruisce i rapporti familiari.

Nel giudizio *a quo* i due coniugi avevano agito, separatamente, chiedendo ognuno la pronuncia di separazione per colpa dell'altro; tuttavia, essendo state ritenute insussistenti le colpe reciprocamente addebitate ed in mancanza di un accordo che rendesse possibile la separazione consensuale – secondo il regime dell'epoca –, è stato affermato l'obbligo di coabitazione ed il marito è stato condannato, fino alla effettiva ripresa della coabitazione, al mantenimento della moglie.

Nessuna unione materiale e morale reale è evidentemente più presente; al naufragio del rapporto sopravvive il *simulacro dell'unione* astrattamente imposta dell'ordine patriarcale.

Quando viene sollecitata in diversi procedimenti di separazione per colpa del marito la richiesta di estendere il trattamento già applicato nel caso di separazione consensuale (sentenza n. 45/1969), si vede come la Corte non voglia condurre un ragionamento meramente formale sulla parità di trattamento, ma intenda piuttosto restare sul terreno di una concreta analisi della condizione di genere.

Non è lo stato di separazione che, in quanto tale, renderebbe inutilizzabile il riferimento all'unità familiare, con l'inevitabile conseguenza dell'applicazione del principio di parità di trattamento: se è il fatto imputabile al marito tenuto al mantenimento a determinare la cessazione della convivenza, di ciò si deve tener conto nella determinazione dei rapporti patrimoniali della moglie incolpevole.

Dell'unità familiare la pronuncia restituisce una sfumatura assiologica: il mantenimento dell'unità è il metro di valore dei comportamenti dei coniugi e l'ordinamento non può agevolare la disgregazione familiare consentendo che chi porta la colpa della rottura dell'unità goda di un regime giuridico più favorevole di quello antecedente alla separazione (vedendo attenuarsi gli obblighi di mantenimento verso la moglie).

Lo scarto giunge solo alla fine (sentenza n. 133/1970): la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della norma base sugli obblighi di mantenimento, l'art. 145 c.c., ridisegnando in via generale i rapporti tra i coniugi e rimodellando l'obbligo del marito di mantenimento della moglie alla condizione che la stessa non abbia mezzi sufficienti (di conseguenza, il nuovo regime patrimoniale diventa applicabile anche alle situazioni di separazione, di qualunque natura).

Se solo la salvaguardia dell'unità familiare costituisce legittimo limite dell'eguaglianza dei coniugi, solo in quell'esigenza va cercata una giustificazione delle diversità di trattamento; e, dal momento che "per quanti sforzi si facciano, l'obbligo del marito di mantenere la moglie se questa disponga di mezzi sufficienti o più che sufficienti in nessun modo riesce ad apparire come strumento necessario all'unità della famiglia: la quale, al contrario, si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità", ciò che poteva essere un tempo coerente ad una concezione patriarcale dei rapporti coniugali non è più "conforme all'odierna valutazione dei rapporti familiari e – ciò che conta ai fini del controllo della sua legittimità costituzionale – [è] contrastante con l'art. 29 della Costituzione".

L'unità familiare, a questo punto del percorso della giurisprudenza costituzionale, coincide con la solidarietà e la parità; con significativa distanza dalla prima sentenza in tema di adulterio, il consolidamento della visione proiettiva dell'uguaglianza di genere nei rapporti familiari è inversamente proporzionale al rilievo attribuito allo stato dei rapporti sociali (richiamati solo a "confortare" un'argomentazione autosufficiente ricavata direttamente dall'art. 29 Cost.).

Nel percorso giurisprudenziale, quando viene considerato l'esercizio della patria potestà, l'apertura alle ragioni della parità resta limitata dal perdurare di una visione dell'unità familiare che non riesce a rinunciare ad un ordinamento gerarchico: nella "posizione del coniuge non esercente la patria potestà" non si vede neppure "una limitazione che possa dirsi diversa da quella che si verifica in ogni altra ipotesi di rappresentanza del minore" (n. 101/1965).

Ancora nel 1967 (sentenza n.102), a fronte di un'Avvocatura dello Stato che a sostegno della supremazia maschile si limita stancamente a ripetere il ritornello delle "ragioni di natura"[38], la Corte la giustifica in base a quelle esigenze di unitarietà di governo della formazione sociale che il giudice del rinvio aveva cercato di superare e propone una curiosa architettura di potestà genitoriale esercitata dalla madre *iure proprio*, ma in conformità di istruzioni altrui[39].

La Corte si avventura anche in una rilettura restrittiva del proprio precedente n. 46/1966, nella parte in cui aveva affermato che l'unità familiare richiamata dall'art. 29 Cost. avrebbe potuto operare solo come limite eccezionale al principio dell'uguaglianza tra i coniugi: riconoscere che "l'esigenza dell'unità

38 "Comunque si interpreti l'unità familiare, è certo che, mentre nei casi normali contribuisce al suo mantenimento anche la moglie, in quelli eccezionali di disaccordo non può, per ragioni di natura, non affidarsi al marito la decisione".

39 Nel rigettare l'incostituzionalità dell'art. 316 c.c., la sentenza sottolinea che ciascuno dei genitori, "quando esercita la potestà, lo fa *iure proprio*. La madre quindi, (mentre ha sempre il diritto-dovere di esercitare le funzioni inerenti alla patria potestà, *sia pure in conformità delle direttive paterne* [corsivo nostro]) quando, nelle ipotesi previste dalla legge, viene autonomamente chiamata a tale esercizio, assume la pienezza di un potere di cui, peraltro, era già titolare".

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

familiare richiede l'adozione di una disciplina unitaria del momento determinativo dell'esercizio dei poteri-doveri inerenti alla patria potestà" semplicemente impedisce di "snaturare l'essenza del limite medesimo interpretandone restrittivamente la portata fino al punto da svuotarlo di contenuto, come avverrebbe ove si ritenesse prevalente il principio di parità dei coniugi sulla necessità di tutelare l'unità della famiglia attraverso l'apprestamento di norme che garantiscano, come si è detto, la concreta possibilità di perseguire quello che è il fine principale della famiglia stessa".

La direzione del bilanciamento è chiara ed opera a tutto vantaggio dell'*unità gerarchizzata nella struttura patriarcale*.

Le esigenze della dimensione dell'uguaglianza fra i coniugi emergono più facilmente nella prospettiva della patologia del rapporto, quando la dimensione dell'unità familiare si rivela già irrimediabilmente compromessa.

Illustra molto bene la soluzione di continuità che la Corte percepisce al momento della separazione la sentenza n. 99/1974: affermato che sarebbe "contrario alla natura delle cose ed alla stessa *ratio* che ispira nel suo complesso il regime giuridico del rapporto matrimoniale negare che fra diritto alle prestazioni sessuali dell'altro coniuge e dovere di astenersi da atti di adulterio corra un rapporto così stretto da giustificare la conclusione che trattasi di due aspetti di una inscindibile disciplina giuridica", ne ricava la necessità di attenuare l'obbligo di assoluta fedeltà una volta cessata la coabitazione con i connessi diritti e doveri, convertendolo in un più circoscritto dovere di astenersi da comportamenti che (sotto il profilo delle relazioni di natura sessuale) costituiscano ingiuria grave per l'altro coniuge. Da notare che la correlazione tra il diritto alle prestazioni sessuali e il dovere di fedeltà viene rilevato prima ancora che nel "complesso normativo" nella "natura delle cose", che in realtà è l'etichetta con cui la Corte identifica l'assetto tradizionale dei rapporti di genere senza sottoporlo ad alcuna revisione critica.

A mutare il quadro, convertendo l'*unità familiare da ordine gerarchico patriarcale a comunione tra soggetti pari*, sarà, tuttavia, solo la riforma del diritto di famiglia nel 1975 (L. n. 151).

Alla vigilia della riforma, nella sentenza n. 87/1975 emerge una sensibilità nuova: la norma che impone la perdita della cittadinanza italiana alla donna che, sposando uno straniero, ne acquista la cittadinanza per matrimonio, appare ispirata ad una concezione che considera "la donna come giuridicamente inferiore all'uomo e addirittura come persona non avente la completa capacità giuridica", in contrasto con gli articoli 3 e 29 Cost.: nell'ottica di quest'ultimo, anzi, va denunziato il fatto che tale norma "commina una gravissima disuguaglianza morale, giuridica e politica dei coniugi e pone la donna in uno stato di evidente inferiorità, privandola automaticamente, per il solo fatto del matrimonio, dei diritti del cittadino italiano", senza neppure giovare all'unità familiare, alla quale, anzi, risulta "contraria, in quanto potrebbe indurre la donna, per non perdere un impiego per cui sia richiesta la cittadinanza italiana o per non privarsi della protezione giuridica riservata ai cittadini italiani o del diritto ad accedere a cariche ed uffici pubblici, a non compiere l'atto giuridico del matrimonio o a sciogliere questo una volta compiuto"[40].

Le sentenze successive alla legge di riforma del diritto di famiglia introducono progressivamente una diversa idea di unità familiare, ri-conformandola: non ordine gerarchico patriarcale, norma della prevalenza del maschile sul femminile, ma concreta esigenza di comunità tra soggetti di pari dignità.

Ed in questa direzione, solo la piena valorizzazione dell'autodeterminazione dei coniugi nell'apprezzamento delle vicende della vita che possono incidere sulla reale comunione di vita della famiglia appare coerente con l'idea di unità familiare a cui si è, con faticoso itinerario, approdati.

Il blocco delle sentenze che ridisegnano le responsabilità genitoriali ed i ruoli sessuati della cura della prole rende evidente come anche le disposizioni costituzionali più marcatamente segnate da un linguaggio denso di stereotipi di genere (artt. 36 e 37 Cost.), una volta illuminate dal principio fondamentale di uguaglianza, siano in realtà norme di garanzia antidiscriminatoria e non norme prescrittive dei ruoli familiari[41].

La separazione del modello costituzionale dal modello patriarcale, una volta avviata, è progressiva e inesorabile, anche se non lineare[42].

---

40 Dichiarando espressamente la continuità con la n. 87/1975, la sentenza n. 30/1983 affermerà l'incostituzionalità della norma che non consente alla madre di trasmettere la nazionalità italiana ai figli che acquisiscono una diversa cittadinanza per via paterna, statuendo finalmente con forza il valore dell'uguaglianza senza di distinzione di sesso che, a partire dal principio fondamentale *ex* art. 3 Cost., si impone anche all'interno dei rapporti familiari, ridimensionando le possibili eccezioni in nome del valore dell'unità (che, come visto, finivano per coincidere con la tutela dell'ordine patriarcale).

41 Sentenza n. 1/1987; n. 276/1988; n. 332/1988; n. 61/1991; n. 341/1991; n. 179/1993.

42 La sentenza n. 150/1994, ad esempio, per giustificare la diversità di trattamento dei genitori – padri e madri – lavoratori autonomi e subordinati, utilizza espressioni stereotipate ed essenzialiste che confinano il ruolo di cura del padre in una dimensione riduttivamente sussidiaria: "in relazione al diritto di astensione semestrale dal lavoro nel corso del primo anno di vita del figlio. Per la madre, invero, tale diritto può in certa misura qualificarsi proprio o 'primario', per il padre esso ha invece carattere

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Almeno un'altra sentenza mostra chiaramente di riconoscere che l'ordine familiare non può rispondere a interessi definibili a priori, perché la funzione del diritto è quella di occuparsi ragionevolmente della vita quale essa è, senza preoccuparsi di forzarla entro i binari di un modello astratto e perché le garanzie che la Costituzione offre alle multiformi esperienze della vita degli uomini e delle donne devono riconoscere tutta la complessità e la fragilità della condizione umana, non coercibile da concezioni autoritarie o istituzionistiche della famiglia che diventino nemiche delle persone e dei loro diritti. Si tratta della sentenza n. 494/2002 sulla condizione dei figli nati da rapporti incestuosi che, con forte affermazione del valore dell'uguaglianza, nella sua portata antistigmatizzazione e antisubordinazione, ha chiaramente collegato il valore della famiglia come formazione sociale al fine ad essa assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani; inoltre, negando recisamente che l'ingresso di figli naturali in un rapporto coniugale e in una vita familiare legittima costituisca di per sé una violazione di diritti, ha riassunto tutta la complessità e la drammaticità di un simile evento parlando di "*un incerto del mestiere di vivere*", che evoca in modo disarmante la complessità della condizione umana, non riducibile da interventi giuridici astrattamente modellanti.

Il modello patriarcale, dunque, è tramontato definitivamente, per quanto la Corte costituzionale sembri timorosa di trarne direttamente tutte le conseguenze e preferisca continuare ad invocare, anche se invano, la diretta assunzione di responsabilità del legislatore: così nelle questioni relative al cognome familiare, che hanno portato a riconoscere l'incostituzionalità della normativa vigente senza dichiararla[43], come in quelle concernenti il superamento del paradigma eterosessuale.

5. La sentenza n. 161/1985 come precedente: la famiglia come "società naturale"

Procedendo entro questo filone di ragionamento, oltre alla sentenza n. 138/2010, viene in considerazione anche un'altra pronuncia da considerare come precedente: la sentenza n. 161/1985, richiamata nell'ordinanza della Cassazione per confermare l'assetto del bilanciamento (sproporzionato) che il legislatore del 1982 ha voluto tra difesa del modello di matrimonio eterosessuale e diritti individuali e personalissimi dei coniugi[44].

L'ipotesi sottesa alla sentenza n. 161 interrogava circa la possibilità del coniuge del transessuale di difendere l'unità della famiglia *contro* la possibilità del transessuale di realizzare la tutela del proprio diritto fondamentale all'identità di genere; si trattava, in realtà, dell'interrogativo sulla possibilità di opporsi al mutamento di sesso e alla rettificazione *in nome della unità della famiglia già costituita* (e si trattava di un profilo astratto di incostituzionalità proposto, allora, dalla Corte di cassazione, dal momento che il transessuale che aveva agito per la rettificazione nel giudizio *a quo* non risultava coniugato).

Si sarebbe fatto prevalere il diritto ad una unità familiare interpretata astrattamente, o comunque in base alla volontà di uno solo, sul diritto fondamentale all'identità sessuale.

Nella sentenza n. 161/1985, che sul punto constata l'irrilevanza della questione (per il "decisivo rilievo" che l'attore nel giudizio *a quo* non ha mai contratto matrimonio), la Corte costituzionale introduce anche alcune interessanti considerazioni di merito, che mostrano il contesto in cui il bilanciamento è stato individuato: l'interesse pubblico al modello familiare e matrimoniale eterosessuale coincide, nell'ipotesi considerata, con il diritto fondamentale del transessuale a chiedere ed ottenere la rettificazione e il coniuge subisce lo scioglimento di un matrimonio, perché quello che viene invocato come *ordine naturale* della società familiare, in realtà sarebbe già stato sconvolto dalla sindrome transessuale prima ancora che dalla rettificazione e dallo scioglimento conseguente[45].

derivato o 'sussidiario'. E ciò sia per la maggiore importanza della presenza della madre nel primo anno di vita del bambino (*natura clamat)*, sia per i diversi riconoscimenti normativi".

43 Nella sentenza n. 61/2006; sulla questione è recentemente intervenuta la sentenza della Corte di Strasburgo, 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*.

44 L'ordinanza ricorda a p. 16 che la sentenza n. 161, includendo nel catalogo aperto dell'autodeterminazione anche il peculiare e sofferto percorso personale del transessuale, avrebbe nettamente percepito della necessità di una netta soluzione di continuità con il passato del soggetto e che dall'ampio spettro dei diritti e delle libertà riconducibili alla nuova legge avrebbe escluso che possa essere ricompresa la scelta di conservare il preesistente vincolo matrimoniale.

45 Corte costituzionale, n. 161/1985, punto 12: "Ora a tacere della considerazione che, nella prima delle ipotesi considerate, 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, limitandosi il legislatore a disciplinare gli effetti giuridici di una situazione di fatto preesistente, che impone, operata la trasformazione anatomica, lo

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Si tratta di una ricostruzione alla quale si dovrebbe obiettare che si tratta solo di un costrutto implicito di genere, almeno sino al momento in cui non emerge la materialità dell'esistenza di un coniuge sconvolto: nel caso di specie, come abbiamo visto, nessun coniuge esisteva, ma, anche in via generale, sarebbe indispensabile prevedere che il/la coniuge del transessuale debba essere interpellato per acquisire il suo punto di vista sull'impatto e le conseguenze che le scelte in materia di identità sessuale del transessuale producono sulla comunione familiare. E, in ogni caso, ciò che viene descritto nei termini di ordine naturale della famiglia, una volta spogliato della astrattezza ideologica, parrebbe dover essere più convincentemente percepito e descritto come unione familiare, unità della famiglia, sua esistenza come nucleo di affetto e comunione di vita.

D'altra parte, nella sentenza del 1985, successiva alla legge sul transessualismo – del 1982 – anche il richiamo all'ordine naturale della famiglia appare decisamente diverso rispetto alla sentenza n. 98/1979, che aveva preceduto l'adozione della legge. Allora la Corte costituzionale aveva escluso che le norme costituzionali includessero "tra i diritti inviolabili dell'uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica", poiché l'art. 2 della Costituzione "nel riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo non può non essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali": restando saldamente ancorata alla tradizione, la Corte si era limitata a segnalare all'"attenzione del legislatore" il problema del riconoscimento del mutamento di sesso, senza rinunciare ad un sibillino richiamo ai "relativi limiti in ordine al matrimonio, che la Costituzione definisce fondamento della famiglia come ‹società naturale›".

Ed ancora più diverso e lontano da ogni astrattezza ideologica diverrà il riferimento alla famiglia fondata sul matrimonio come società naturale nella sentenza n. 138/2010 (come già visto sopra nel par. 3, in particolare nota 24): l'uso dell'espressione, "come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente", sottolinea che la famiglia contemplata dalla norma possiede "dei diritti originari e preesistenti allo Stato" che questo deve riconoscere, costruendone l'autonomia dall'ingerenza statale, piuttosto che un modello che sia possibile imporre autoritativamente.

6. La soluzione della questione di costituzionalità

La soluzione della questione di costituzionalità dovrà, per quanto sin qui osservato, rimuovere un bilanciamento di interessi costituzionali del tutto inadeguato e sproporzionato, garantendo adeguata tutela agli interessi ed ai diritti fin qui totalmente sacrificati.

L'obiettivo potrà essere linearmente raggiunto con la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 L. n. 164/1982 nella parte in cui dispone che la sentenza di rettificazione provoca automaticamente lo scioglimento (ovvero, come nel caso A.B. la cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso).

Risultato a cui si può pervenire con una sentenza di *accoglimento* (che lascerebbe sopravvivere solo la frase iniziale dell'art. 4, che dispone che la sentenza di rettificazione non ha effetto retroattivo; la possibilità di ottenere lo scioglimento del matrimonio, ma solo previa domanda e specifica pronuncia giudiziale, resterebbe garantita dalla lett. g) dell'art. 3, n.1 della L. n. 898/1970) o con una sentenza *interpretativa di accoglimento* (che veicolasse l'interpretazione necessaria dell'art. 4 subordinando lo scioglimento/cessazione degli effetti civili alla domanda avanzata da uno dei coniugi ed alla conseguente pronuncia giudiziale). La differenza tra le due tipologie si troverebbe nella possibilità, nella seconda ipotesi, che lo stesso giudice della rettificazione pronunci anche – evidentemente non d'ufficio, ma solo laddove richiesto – lo scioglimento ovvero la cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Caducata la norma sullo scioglimento automatico, il matrimonio del transessuale continua, come eccezione rispetto alla regola della eterosessualità dell'istituto che, in un certo senso, ne viene ri-confermata: infatti, il matrimonio, anche se è divenuto *same-sex* può continuare perché è nato come matrimonio tra due persone di sesso opposto e, dunque, è fondato sull'eterosessualità dei coniugi. Una volta che

scioglimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso; a tacer ancora che, nella seconda ipotesi, il giudice a quo, quando non prospetta conseguenze meramente eventuali e di fatto del riconosciuto mutamento di sesso, per le quali, peraltro, l'ordinamento prevede adeguati rimedi (ci si riferisce alla circostanza che il transessuale abbia taciuto al coniuge la propria condizione), perviene ad affermazioni erronee, come nel passo in cui sostiene che il transessuale dopo l'intervento chirurgico non ha capacità copulativa, o in quello dove assume addirittura l'inesistenza del matrimonio da costui contratto, e così arbitrariamente attribuisce alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza stessa di tale matrimonio; decisivo é il rilievo che l'attore nel giudizio a quo non ha mai contratto matrimonio, mentre la circostanza che egli possa contrarlo in futuro, ottenuta che avesse la rettificazione giudiziale dell'attribuzione del sesso, è puramente eventuale".

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

si sia validamente costituito, la valutazione sulla continuità dell'istituto matrimoniale – in cui vivono i diritti della famiglia, in particolare al mantenimento dell'unità, ed in cui si realizza la particolare forma di società naturale riconosciuta dall'art. 29 Cost. – va riservata all'apprezzamento degli interessati, dando significato sostanziale all'espressione testuale per cui "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio".

Non si può escludere che una Corte molto sensibile al tema della discrezionalità legislativa abbia la tentazione di indirizzarsi sulla strada della soluzione giudicata di bilanciamento non inadeguato dalla Corte di Strasburgo nel recente caso finlandese[46], peraltro in un contesto normativo ben differente; il rimedio all'inadeguato (inesistente) bilanciamento della legislazione vigente, potrebbe essere cercato nella pronuncia di una sentenza *additiva di principio* che dichiari l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 L. n. 164 nella parte in cui non consente la sopravvivenza del vincolo giuridico, alternativamente nella forma della prosecuzione del precedente matrimonio, oppure nella sua trasformazione in una unione esplicitamente riconosciuta e regolamentata.

Come già osservato, l'assenza di una disciplina legislativa delle unioni stabili omosessuali, nei termini ampi e generali richiesti dalla sentenza n. 138/2010, toglie plausibilità a questo tipo di ipotesi, sulla quale l'ordinanza della Cassazione si esprime comunque criticamente, mettendo in rilievo l'incomparabilità tra la condizione della coppia *same-sex* che non può accedere all'unione coniugale e quella di chi ha legittimamente scelto un'unione coniugale proprio in virtù della duratura cristallizzazione dei diritti e degli obblighi ad essa connessi (p. 34); la "degradazione" da un modello di relazione familiare primario e privilegiato come il matrimonio, ad uno indubbiamente secondario e di minor valore sociale come quello dell'unione registrata, può forse essere ritenuto un prezzo non eccessivo nel contesto di una giurisprudenza europea tenuta al riconoscimento del "margine di apprezzamento" proprio degli Stati, ma non convince di fronte al ben più esigente quadro di adeguato bilanciamento imposto dall'art. 3 Cost. sul piano interno.

Non può essere presa in considerazione la diversa ipotesi della infondatezza della questione.

Dal momento che la tutela per le "unioni *same sex*" è oggi solo quella imposta dal combinato disposto degli articoli 3 e 2 Cost. (dal principio di uguaglianza applicato al riconoscimento del fondamentale diritto di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri, che consente, quando se ne riscontri la necessità, l'estensione alla coppia omosessuale del trattamento cui ha titolo la coppia coniugata), lo scioglimento del matrimonio impone alla coppia in origine garantita dallo *status* coniugale la trasmigrazione ad una situazione di totale indeterminatezza.

Il riconoscimento della fondatezza della questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 4 comporta l'applicazione della illegittimità consequenziale (art. 27, L. n. 87/1953) all'art. 31 D.lgs. n. 150/2011, co. 6, che contiene la medesima previsione[47].

6.1 L'interpretazione dell'art. 4 in collegamento con la legge sul divorzio (il punto debole nell'ordinanza: una forma di rigetto interpretativo?)

Come osservato, la Corte di cassazione segue l'interpretazione proposta dalla Corte d'appello di Bologna a proposito dell'art. 4 L. n. 164/1982, ignorando completamente sia la possibilità di riconoscerne l'intervenuta abrogazione per effetto della legge n. 74/1987, sia qualsiasi interpretazione adeguatrice, che faccia salva la necessità della domanda e della pronuncia giudiziale per lo scioglimento del matrimonio precedente la rettificazione.

---

46 Su cui v. nota 34.

47 L'ordinanza di rimessione sottolinea (p. 24) che l'art. 4 resta applicabile *ratione temporis* al caso A.B., anche se la disposizione sarebbe stata abrogata dall'art. 36 del D.lgs. n. 150/2011 (che, in realtà si limita ad escludere l'applicabilità dell'art. 31 ai giudizi in corso, mentre è il comma 39 dell'art. 34 a disporre le abrogazioni espresse della legge n. 164/1982, fra le quali non è compresa quella dell'art. 4); il suo contenuto normativo sarebbe comunque stato riprodotto nell'art. 31 del D.lgs. n. 150/2011, con una sostituzione dell'espressione *determina* al posto di *provoca* che avrebbe addirittura rafforzato l'operatività automatica dello scioglimento. Come ho osservato in *Del sesso, del genere e del "mestiere di vivere"*, cit., in nota 30, ritengo che, avendo consapevolmente e dichiaratamente perseguito la tecnica dell'abrogazione espressa, il D.lgs. n. 150/2011 abbia, invece, 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; d'altra parte, le varianti formali (uso del verbo *determina* anziché *provoca* in riferimento alla scioglimento del matrimonio; richiamo della legge n. 898/1970 senza la formula "e successive modificazioni" che invece compare nell'art. 4 della legge n. 164/1982) non risultano significative, sia 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", sia perché non appaiono testualmente pregnanti (v. anche G. Bonilini, *Rettificazione di attribuzione di sesso, e scioglimento del matrimonio ai sensi dell'art. 31, D.lgs. n. 150/2011*, in *Famiglia, persone, successioni*, 2011, n. 12, p. 805).

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Contrariamente a quanto inteso dalla Cassazione, gli effetti delle due norme rilevanti ai fini dell'inquadramento giuridico *del divorzio del transessuale* (l'art. 4 della legge n. 164/1982, da un lato, e l'art. 3, n. 2 lett. g) della legge sul divorzio, dall'altro) non sono necessariamente inconciliabili.

O meglio: sono resi inconciliabili solo da una lettura che enfatizzi la legge sul transessualismo e le subordini (anzi, le sacrifichi interamente) la disciplina generale del divorzio, imponendo di contraddire la stessa lettera dell'art. 3, n. 2 lett. g): per garantire che lo scioglimento sia *automatico* e *inderogabile* (come vorrebbe la legge sul transessualismo secondo la lettura del giudice *a quo*) è, infatti, necessario rendere totalmente irrilevante ed ininfluente il principio fondamentale del carattere personalissimo dell'iniziativa del divorzio, che nel caso del matrimonio anteriore del transessuale verrebbe letteralmente *scardinato*.

Al contrario, muovendo dalla disciplina del divorzio e rispettandone la lettera e la sostanza, si può pervenire ad una convincente interpretazione adeguatrice della legge sul transessualismo. È vero che non si può garantire il rispetto della *ratio* dell'art. 3, n. 2, lett. g) prescindendo dall'iniziativa di una parte e dalla domanda per pervenire allo scioglimento del matrimonio: ma per giungere a tale risultato, è sufficiente che l'art. 4 della legge sul transessualismo venga reinterpretato, nel senso che la formula per cui la rettificazione "*provoca*" lo scioglimento viene collegata al contestuale richiamo della legge sul divorzio e sta a significare che la rettificazione "*costituisce causa per lo*" scioglimento, diviene una delle cause di scioglimento, uno dei casi in cui, ai sensi della legge sul divorzio, è possibile presentare la domanda.

Se lo scioglimento appare l'ineluttabile e automatica conseguenza della rettificazione, garantisce la tenuta del paradigma eterosessuale del matrimonio, ma solo al prezzo di costruire una figura di divorzio "imposto" tanto eccezionale ed anomala, che la dottrina preferisce assimilarla alla morte[48]. Configurando, invero, una costruzione spietata, in cui il prezzo della transizione diventa la "morte civile" del transessuale nella sfera relazionale più intima e personale: la costruzione di una società naturale fondata sul matrimonio.

Ma questa soluzione risulta incompatibile con un sistema costituzionale ispirato dal personalismo, che non consente che, di fronte ad una evoluzione della identità sessuale di una persona – non solo perfettamente legittima, ma costituzionalmente tutelata –, l'ordinamento reagisca troncando relazioni intime ed affettive con la stessa ineluttabilità e definitività con cui le tronca la morte. Assolutizzando il riferimento all'art. 4 della legge sul transessualismo il divorzio del transessuale risulta di un divorzio tipo speciale solo perché è … *del transessuale*; la persona transessuale viene schiacciata nella sola dimensione della propria transessualità, che condiziona e "contamina" ogni altro momento della sua vita e della vita del coniuge: anche il *partner* subisce lo stesso trattamento e viene privato della possibilità di esprimersi circa il permanere o meno della comunione coniugale (il transessualismo *contagia* il coniuge del/la transessuale). L'esperienza del loro matrimonio cessa di essere comunione di vita per diventare una *paradossale*[49] anomalia giuridica da rimuovere *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.

Se, invece, si prende come riferimento la disciplina generale dello scioglimento del matrimonio (L. n. 898/1970, art. 3, n. 2, lett. g), la rettificazione di sesso costituisce semplicemente uno dei presupposti possibili che consente di proporre la domanda di divorzio, una ipotesi di scioglimento del matrimonio come tutte le altre, da trattare senza enfatizzare ciò che costituisce il semplice presupposto dello scioglimento.

L'ordinamento riconosce alla vicenda del transito di una persona coniugata lo stesso rilievo di ogni altra vicenda capace di influire sulla comunione di vita tra i coniugi, per cui 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 la possibilità di avviare un procedimento giudiziario che sfoci nella rimozione del vincolo.

Quale dovrebbe essere, in questa prospettiva, la soluzione del caso da parte della Corte costituzionale che non condividesse l'interpretazione della Cassazione, in quanto ritiene che sia presente nell'ordinamento – e segnatamente nel rapporto tra art. 4 della legge sul transessualismo e art. 3 della legge sul divorzio – una diversa soluzione sistematica costituzionalmente conforme?

Per indirizzare l'interpretazione conforme la Corte si avvale di tre strumenti processuali, in gradazione:

48 Osserva che lo scioglimento del matrimonio nella legge sul transessualismo "si apparenta grandemente con l'altro caso di scioglimento automatico del matrimonio, vale a dire la morte, o la dichiarazione di morte presunta", benché gli effetti patrimoniali e personali siano poi retti dalla diversa disciplina del divorzio: G. Bonilini, cit.

49 Così esplicitamente P. Stanzione, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge 164/82*, in *Diritto di famiglia*, 2009, n. 2, p. 713.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

1) il primo è costituito da una pronuncia processuale di *inammissibilità*[50] che, però, sembrerebbe più pertinente all'ipotesi in cui il giudice *a quo* avesse omesso di ricercare una interpretazione conforme; nel caso di specie, invece, la Corte di cassazione ha indubbiamente esplorato in modo esplicito il tema del rapporto tra la legge sul transessualismo e quella sul divorzio, ritenendo non percorribile una soluzione interpretativa diversa da quella dello scioglimento automatico: per quanto la linea interpretativa prescelta possa apparire discutibile, essa si pone davanti alla Corte costituzionale come vero e proprio "diritto vivente", escludendo la soluzione dell'inammissibilità (tanto più che, come abbiamo visto con riferimento alla sentenza del Tribunale di Modena citata in nota 1, tale linea interpretativa risulta essere stata adottata anche in casi diversi da quello da cui origina il giudizio *a quo*);

2) il secondo è rappresentato da una sentenza *di rigetto* di contenuto *interpretativo* (il cui dispositivo appare semplicemente di *rigetto*, ma che tuttavia possiede sostanza *interpretativa*) che, attraverso lo sviluppo della motivazione indirizzi l'interpretazione nel senso ritenuto costituzionalmente conforme;

3) il terzo richiede una *interpretativa di rigetto*, cioè una sentenza che propone fin dal dispositivo un richiamo alla specifica interpretazione cui è condizionata l'infondatezza – "nei sensi di cui in motivazione" –, imponendo più nettamente il dovere di sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale al giudice che continui a ritenere preferibile altra e diversa interpretazione.

Per la indubbia delicatezza e per la sostanziale novità della questione, mi sembra che la sollecitazione ad adottare una interpretazione conforme che concili il rispetto sostanziale dell'art. 3 della legge n. 74/1987 con l'art. 4 della legge n. 164/1982 (e con l'art. 31 del D.lgs. n. 150/2011) debba almeno passare per la formula più esplicita di una *classica* sentenza interpretativa di rigetto.

50 La soluzione dell'inammissibilità appare, invece, convincente a M. Gattuso, *Cassazione: viola la Costituzione imporre il divorzio per il cambio di sesso*, in *www.forumcostituzionale.it*, 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*, giugno 2013; A. D'Aloia, cit., osserva che la Corte costituzionale "potrebbe anche trovare nelle pieghe della normativa le risorse per un'interpretazione che già ora – e quindi senza che ci sia bisogno di una dichiarazione di incostituzionalità – escluda l'operatività ipso iure della cessazione degli effetti civili del matrimonio".

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

*Giuseppa Palmeri**

Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali. Profili di diritto di famiglia

Sommario

1. Premessa – 2. La questione di costituzionalità – 3. Cambiamento di sesso e scioglimento del matrimonio – 4. Le ragioni dell'asserita automaticità dello scioglimento del matrimonio – 5. Il diritto all'autodeterminazione – 6. La diversità di sesso quale requisito (necessario) del matrimonio – 7. Diritto all'identità e alla vita familiare e divorzio "imposto" del transessuale – 8. Considerazioni conclusive

Abstract

Nel saggio si sottolinea la non conformità dello scioglimento automatico del matrimonio della persona che ha cambiato sesso con il sistema di valori, principi e regole che sta alla base del nostro ordinamento giuridico. La previsione dell'automatico scioglimento impedisce, infatti, al transessuale di godere sia del diritto all'identità, sia del diritto alla vita familiare. Nel contempo determina la negazione del diritto dell'altro coniuge alla prosecuzione del rapporto matrimoniale e degli impegni di assistenza e cura da esso discendenti. Nel conflitto tra l'interesse dello Stato alla conservazione del modello tradizionale di famiglia e il diritto all'autodeterminazione, in un sistema incentrato sulla persona, sul valore della dignità, sui principi di libertà, uguaglianza e solidarietà, deve considerarsi preminente il secondo. L'asserita inevitabile apertura per questa via del matrimonio alle coppie omosessuali è pretestuosa e mira a spostare l'attenzione dalla fase del rapporto (legittimamente instaurato) e della sua conservazione, alla fase dell'atto e della sua validità.

The essay emphasizes the non-compliance of the automatic dissolution of the marriage of the person who has changed sex with the system of values, principles and rules on which our legal system is based. The prediction of the automatic dissolution prevents, indeed, the transsexual from enjoying the right of having an identity and the right to lead a family life. At the same time it determines the denial of the right of the other spouse to continue the marriage and to fulfill the commitments of assistance and care taken at the time of the celebration. In the conflict between the State's interest in the preservation of the traditional family model and the right of self-determination, a system focused on the person, on the value of human dignity, on the principles of freedom, equality and solidarity, must choose the second as preeminent. The alleged inevitable opening for this way to the marriage for homosexual couples is specious and aims at shifting the focus from the time of the relationship (legally established) and of its conservation to the time of the act and of its validity.

* Università di Palermo. Il testo riproduce con l'aggiunta di poche note essenziali la relazione svolta al Convegno "Famiglia e identità di genere: 'divorzio imposto' e diritti fondamentali", tenutosi all'Università di Bologna – Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali il 29 novembre 2013.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

1. Premessa

Desta profonda impressione in chi scrive ritrovarsi a ragionare, dopo circa tredici anni, sui medesimi problemi e interrogativi considerati durante la stesura di un breve saggio sul transessualismo pubblicato nel 1999 dal titolo "Transessualismo tra autonomia privata ed indisponibilità del corpo".

Titolo che rende evidente la prospettiva da cui si intendevano già allora affrontare taluni temi, ancora oggi centrali, del rapporto tra la persona e il corpo, tra la persona e la sua sfera privata, tra il fluire della sua esistenza e lo svolgimento delle sue relazioni affettive e personali.

La sensazione di spaesamento è dovuta al fatto che in questi lunghi anni si sono continuate a reiterare omissioni, silenzi, interpretazioni non in linea con l'impianto costituzionale in ambito di diritti e libertà fondamentali, un impianto che – come si è messo in luce nelle relazioni che precedono – si è, peraltro, grandemente arricchito grazie agli interventi normativi e applicativi di matrice sovranazionale, europea e internazionale. Un approccio paternalistico e autoritario, che rimane perseverante in ambito civilistico nel continuare ad ignorare lo scollamento esistente fra realtà sociale e realtà giuridica, attestato dall'assoluta insensibilità del legislatore rispetto alle diffuse richieste di visibilità giuridica avanzate da uomini e donne in concreto esclusi dall'esercizio di diritti fondamentali, specie quando tale esercizio ha una immediata rifluenza nelle relazioni familiari.

2. La questione di costituzionalità

Nel rileggere alcuni passaggi di quel saggio ci si accorge come si continui a discutere delle stesse cose e come risulti ad oggi incerto l'esito di un percorso che, al contrario, avrebbe dovuto incanalarsi, da tempo, lungo la direttrice tracciata dalla Costituzione della piena affermazione della persona, del principio di autodeterminazione nel campo delle scelte personalissime, affettive e familiari; lungo la direttrice del contenimento dell'ingerenza dello Stato nella vita privata. Un'ingerenza giustificata dall'asserita necessità di proteggere valori e principi indefettibili, che tuttavia un'analisi dei precetti costituzionali, attenta e laica, non consente di rinvenire (si pensi al disegno di legge sul fine vita o alla L. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, per fare qualche esempio). E di ciò, come si proverà a spiegare nel proseguo del presente saggio, sono consapevoli i nostri giudici che, tuttavia, ancora in molti casi si arrestano di fronte a evidenti e preoccupanti vuoti che si traducono in negazioni di diritti (sotto questo profilo è emblematico il dibattito sul concetto di famiglia, e segnatamente sulle famiglie omosessuali).

Per quanto sia superata la visione del diritto di famiglia come diritto speciale che in ragione degli interessi sovraindividuali da esso perseguiti non lascia spazio all'autonomia dei privati, ancora molte resistenze si incontrano nel riconoscere all'interno delle relazioni familiari la piena operatività della libertà di autodeterminazione.

Per evitare di disperdersi in considerazioni di ordine generale, con specifico riferimento al tema del convegno l'attenzione si concentrerà su quattro profili:

1) l'ammissibilità dell'automatico scioglimento del matrimonio alla luce della disciplina civilistica vigente;

2) l'asserita preminenza di interessi generali e l'asserita ricorrenza di ragioni di ordine pubblico che rendono obbligato lo scioglimento del matrimonio del transessuale;

3) l'asserita inevitabile sistematicità di una lettura che non consente la sopravvivenza del vincolo coniugale in presenza dell'identità di sesso degli sposi, strumentale alla negazione alle coppie omosessuali del diritto al matrimonio;

4) il ruolo dei giudici e del legislatore.

Come è noto, la Corte di cassazione con ordinanza n. 14329/2013 ha sollevato 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, co. 1 e 117 Cost., degli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, dell'art. 4 della L. n. 164/1982, nella formulazione anteriore all'abrogazione intervenuta per effetto dell'art. 36 del D.lgs. n. 150/2011, 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 senza bisogno di una domanda e di una pronuncia giudiziale; degli artt. 2 e 4 sempre della L. n. 164/1982, con riferimento al parametro costituzionale dell'art. 24 Cost., nella parte in cui prevedono la notificazione del ricorso per rettificazione di attribuzione di sesso all'altro coniuge, senza riconoscere a quest'ultimo il diritto di opporsi allo scioglimento del vincolo coniugale nel giudizio in questione, nè di esercitare il medesimo potere in altro giudizio, essendo esclusa la necessità di una pronuncia giurisdizionale dalla 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.,

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

negli stessi termini di cui al profilo precedente in relazione al coniuge che ha ottenuto la rettificazione di attribuzione di sesso; in ultimo, dell'art. 4 con riferimento al parametro costituzionale 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 L. n. 898/1970, art. 3, co. 4, lett. g), e successive modificazioni e le altre ipotesi indicate nell'art. 3, sub. 1, lett. a), b), c) e sub 2, lett. d)[1].

3. Cambiamento di sesso e scioglimento del matrimonio

Ancora oggi, come tredici anni fa, permane il convincimento che la lettera dell'art. 4 della legge sul cambiamento di sesso (una legge che non prevede la preliminare libertà di stato del transessuale), nel combinato disposto con la lettera dell'art. 3 della legge sul divorzio, non consenta di giungere all'affermazione dell'automatico scioglimento del matrimonio del transessuale che abbia ottenuto la pronuncia di rettificazione degli atti dello stato civile.

A prescindere dai motivi di illegittimità per eccesso di delega di un provvedimento, quale quello adottato dal legislatore del 2011 avente il compito di incidere solo sugli aspetti processuali in vista di una semplificazione dei procedimenti civili di cognizione (artt. 2 e 4, L. n. 164/1982 oggi trasfusi nei co. 5 e 6 dell'art. 31 D.lgs. n. 150/2011), non sembra che le modifiche testuali recate alla disposizione originaria dell'art. 4 ("determina" anziché "provoca") siano tali da mutare il senso e la portata del precetto. Né sembra che implichino l'abrogazione tacita della lett. g), art. 3, l. div., una previsione che a dispetto di quanto prospettato dalla dottrina maggioritaria – e ribadito nell'ordinanza della Corte di cassazione[2] – non aveva il mero scopo di rimettere all'interno di uno specifico rito (il procedimento camerale) la definizione degli aspetti connessi a un divorzio già avvenuto, non potendosi neppure considerare dirimente sotto questo profilo l'assunto della Corte costituzionale espresso nella pronuncia n. 161/1985 secondo cui il matrimonio si scioglie per effetto della sentenza che dispone la rettificazione[3], trattandosi di una pronuncia antecedente alla riforma della legge sul divorzio.

In verità, l'intervento del 2011 lascia inalterati i dubbi interpretativi aperti dalla legge del 1982, dovendosi altrimenti ritenere che profili sostanziali siano stati affrontati in sede di normativa processuale con un evidente eccesso di delega.

L'acceso dibattito dottrinale circa l'incidenza della modifica introdotta nel 1987 in materia di divorzio rispetto alla posizione del transessuale non consente di affidare a interventi (normativi) impliciti il superamento di un dato legislativo contrastato, ossia la necessità della domanda di parte ai fini dell'attivazione del procedimento di scioglimento dal vincolo coniugale. L'iniziativa di parte rispetto allo scioglimento del matrimonio riflette una scelta di politica del diritto ben precisa e coerente con l'impianto personalistico del nostro ordinamento, ossia la scelta di rimettere alla valutazione dei membri della relazione affettiva ogni decisione attinente all'instaurarsi del rapporto e al suo venire meno.

Come è noto, la tesi dell'automaticità della cessazione del vincolo – pacificamente riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza – è entrata in crisi con la riforma della legge sul divorzio, che, nel tentativo di coordinare le sue disposizioni con quelle della legge n. 164/1982, ha individuato tra le cause di scioglimento del matrimonio il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso.

Una interpretazione fedele alla lettera della norma conduce a negare l'automaticità dello scioglimento del matrimonio e a considerare il passaggio in giudicato della sentenza di cambiamento del sesso alla stregua di qualsiasi altra causa di divorzio, assoggettandola alle regole e ai principi di questo istituto e quindi alla possibilità che il matrimonio resti in vita. La legge n. 898/1970 rimette, infatti, all'apprezzamento dei coniugi la decisione in ordine alla prosecuzione del rapporto matrimoniale, in una prospettiva che affida alla parte (e/o alle parti) la valutazione della rilevanza della causa potenzialmente idonea ad incidere sul vissuto affettivo della coppia (alla stregua di quanto accade ad esempio per i vizi della volontà e per la simulazione del matrimonio).

1 Corte di cassazione, 6 giugno 2013, n. 14329.

2 Ead., *ivi*, in particolare p. 19. La Suprema Corte, però, è poi costretta a riconoscere il canone dell'indefettibilità del consenso che fonda in via esclusiva il matrimonio dalla costituzione del vincolo al suo scioglimento (cfr. p. 28).

3 Corte costituzionale, 24 maggio 1985, n. 161, in *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 1, p. 806.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

4. Le ragioni dell'asserita automaticità dello scioglimento del matrimonio

Questo esito interpretativo, attento al dato testuale, e sistematico, è stato giudicato in contrasto con i principi del nostro ordinamento, in particolare con il principio di indisponibilità che governa il matrimonio, quale istituto fondato sulla necessaria diversità di sesso dei nubendi, principio incompatibile con quello di autodeterminazione che, invece, sta alla base della disciplina sul divorzio con riguardo al momento della domanda.

Malgrado le opinioni contrastanti emerse in sede interpretativa e i dubbi aperti dalla normativa sullo scioglimento del matrimonio, definita frutto di una errata tecnica legislativa, il Parlamento non ha sentito il bisogno di intervenire, modificando la disciplina o procedendo ad una sua interpretazione autentica, non potendosi considerare tale l'intervento del 2011, come pure da ultimo è stato affermato in dottrina[4]. Circostanza questa non priva di significato che rende ancora più forzata la ricostruzione di chi reputa di potere affidare alla riforma del 2011 la soluzione del conflitto interpretativo nel senso di una riaffermazione dell'automatico scioglimento del matrimonio, peraltro in presenza della permanenza del rinvio alla legge sul divorzio nell'ambito della L. n. 164/1982[5]. In alcuni casi accostando, in modo poco felice, questa ipotesi di scioglimento automatico a quella per morte: "ipotesi (…) che si apparenta grandemente con l'altro caso di scioglimento automatico del matrimonio, vale a dire la morte, o la dichiarazione di morte presunta, di uno dei coniugi, divergendone, però, e all'evidenza, grandemente, perchè, nell'ipotesi di morte di un coniuge, soccorrono le norme sulla successione *mortis causa*, mentre, nell'ipotesi di scioglimento del matrimonio in esame, occorre pur sempre offrire adeguata, specifica, salvaguardia e disciplina ad una serie di effetti, quali ad esempio, l'affidamento della prole minore di età (…)"[6].

Facendo leva sulla diversità di sesso quale elemento imprescindibile del matrimonio si continua a ribadire l'automaticità dello scioglimento del vincolo coniugale del transessuale. In questo modo l'interpretazione letterale dell'art. 3 l. div. viene del tutto trascurata in funzione di una soluzione coerente con la concezione che del matrimonio si intende reiterare, ossia di un vincolo basato sulla necessaria diversità (iniziale e successiva) di sesso tra gli sposi.

Questo tipo di soluzione non soltanto non è coerente con l'attuale impianto costituzionale del nostro ordinamento, peraltro integrato da atti vincolanti di matrice sovranazionale, ma ignora i risultati raggiunti al livello giurisprudenziale-interpretativo e mortifica l'attitudine del dato normativo a dare risposta alle esigenze della persona transessuale, alla quale deve essere garantito il pieno esercizio del diritto all'autodeterminazione attraverso il riconoscimento della dignità giuridica delle sue manifestazioni di volontà in ordine alle relazioni personali e affettive, nel rispetto del suo vissuto e nel fluire della propria identità.

Il diritto, per la sua stessa funzione di regolatore di rapporti sociali e di comportamenti apprezzati nella loro dimensione esterna, nell'ambito delle scelte inerenti alla sfera della coscienza individuale non deve imporre *standard* valutativi, ma deve rimettere all'autonomia individuale le determinazioni attinenti a profili personalissimi, non cedendo alla tentazione di ricorrere a interventi autoritari. D'altra parte, l'esperienza mostra come tutte le volte in cui ciò non sia avvenuto si è verificato uno scollamento, che rivela l'impotenza del diritto di fronte a scelte talmente personali da rifuggire da qualsiasi imposizione o divieto, e in definitiva l'inutilità, se non anche la dannosità, dell'intervento legislativo.

4 Così S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2012, p. 175, il quale suggerisce di prendere atto che il legislatore ha ribadito come la norma della lett. g), n. 2, art. 3 l. div. non abbia abrogato la disposizione sull'effetto automatico dello scioglimento del vincolo coniugale in conseguenza della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso; si tratta – secondo l'autore – di una norma di interpretazione autentica.

5 In tal senso G. Bonilini, *Rettificazione di attribuzione di sesso, e scioglimento automatico del matrimonio ai sensi dell'art. 31, D.lgs. n. 150/2011*, in *Famiglia, persone, successioni*, 2011, n. 12, p. 805 e ss. *Contra* A. Di Francesco, *Considerazioni sul valore costituzionale del matrimonio tra uomo e donna,* in *www.filodiritto.it*, che definisce un'ingerenza autoritaria dello Stato l'imposizione dello scioglimento del matrimonio, lesiva della libera determinazione dei coniugi circa la costituzione e lo scioglimento del vincolo.

6 G. Bonilini, *Rettificazione di attribuzione di sesso*, cit., p. 809.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

5. Il diritto all'autodeterminazione

In verità, il fenomeno del transessualismo nel nostro ordinamento è stato governato dall'idea dell'indisponibilità del corpo, tanto che la stessa legge n. 164/1982 è incentrata sul profilo «esterno» del cambiamento di sesso, cioè sulla rettificazione degli atti dello stato civile, in funzione della protezione sia dell'interesse del transessuale alla coincidenza tra identità sociale e identità somatica, sia – e soprattutto – dell'interesse dei terzi alla certezza dei rapporti giuridici.

La visione della tendenziale indisponibilità del corpo emerge dalla necessarietà che connota l'adeguamento dei caratteri sessuali; soltanto quando il cambiamento di sesso è reputato «necessario» è ammessa la rettificazione del nome previo trattamento medico-chirurgico. Anche se il cambiamento di sesso è consentito in ipotesi diverse da quelle dell'intersessualismo, la normativa non tende a valorizzare il profilo del riconoscimento di un ampio potere di disposizione sul proprio corpo e sulla propria sessualità, quanto piuttosto a individuare in maniera rigida i presupposti e i limiti del mutamento di sesso. Il circoscritto spettro di azione dell'intervento normativo è attestato dalla precisa e scarna previsione delle conseguenze giuridiche collegate al cambiamento: modifica del nome e scioglimento del matrimonio[7].

Il dato testuale dell'art. 3 l. div. è stato reso incosistente proprio da questa idea di indisponibilità che emerge con riferimento al corpo, agli atti di disposizione e agli *status* personali e che ha precluso una lettura abrogativa dell'art. 4, L. n. 164/1982, in omaggio al principio secondo cui non è configurabile nessun potere di autonomia privata in ordine al matrimonio e alla sua validità.

D'altronde, il sistema delineato nel codice civile, imperniato su una logica di scambio di tipo mercantile, finiva per rimandare le ipotesi di «utilizzabilità» del corpo e di disponibilità di diritti personalissimi (si pensi al contratto di baliatico, sfruttamento economico dell'immagine o delle opere dell'ingegno) allo schema del contratto e della patrimonialità del rapporto. La persona era destinataria di una serie di regole, funzionale ad una dinamica efficiente delle relazioni tra i privati, incentrate in prevalenza sulla circolazione dei beni e della ricchezza, nonché sulla preservazione del patrimonio familiare. Questo spiega l'inserimento in apertura del codice civile del 1942 della regola dell'indisponibilità del corpo a protezione dell'integrità fisica (e quindi dell'efficienza) del soggetto (art. 5 c.c.).

La valorizzazione della persona nel quadro dei principi di solidarietà e di libertà ha spostato il fulcro dell'ordinamento, sottraendo al divieto degli atti di disposizione del corpo l'originaria funzione di garanzia. A partire dagli anni '70 numerosi interventi legislativi diretti a dare attuazione ai valori costituzionali spostano l'asse di riferimento dal contratto alla persona, avviandosi in questo modo un processo di apertura verso nuovi àmbiti di operatività dell'autonomia privata. Tuttavia questo processo, lento e altalenante, viene sempre realizzato sulla falsariga dei poteri di autonomia negoziale e sotto il controllo penetrante dell'ordinamento.

Soltanto con l'inquadramento dell'autodeterminazione fra i diritti fondamentali, operato dalla Corte costituzionale in tema di salute e consenso informato[8], si determina – come si è avuto modo di osservare in altra sede – una svolta epocale e cioè il trasferimento del potere di decidere dallo Stato alla persona, oggi sovrana di orientare la propria vita, di determinarsi rispetto alla propria salute, al proprio corpo, alla propria identità[9].

In un contesto di questo genere risulta stridente il contrasto determinato dalla asserita sussistenza di una (legittima) disposizione di legge, che in ragione e in conseguenza dell'esercizio di un diritto fondamentale, comporti in modo autoritario e automatico lo scioglimento del vincolo coniugale liberamente e legittimamente instaurato dalla persona e dal suo coniuge, al punto che anche molti sostenitori dell'indefettibilità della diversità di sesso tra gli sposi finiscono con il qualificare un'ingerenza autoritaria dello Stato l'imposizione dello scioglimento del matrimonio che viola la libera determinazione dei

7 Sull'argomento più diffusamente G. Palmeri, M.C. Venuti, *Il transessualismo tra autonomia private ed indisponibilità del corpo*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, pp. 1331 e ss.

8 Corte costituzionale, n. 438/2008. V. pure Ead., n. 253/2009.

9 Cfr. G. Palmeri, *I diritti emergenti della persona*, in *Atti del Convegno "Il codice civile ha 70 anni ma non li dimostra"*, Roma, 7-9 marzo 2013, in corso di pubblicazione. In proposito si è sottolineato come la riappropriazione del proprio corpo e della propria persona e la conquista di un ampio potere di autodeterminazione sulle scelte di vita si riflettono in maniera dirompente in ambito familiare e si scontrano con soluzioni legislative anche recenti che guardano ancora al corpo come luogo pubblico su cui legiferare e sul quale esercitare un forte potere di "disciplinamento", come ha scritto di recente Stefano Rodotà con riguardo al corpo delle donne (S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, posiz. 1830) e come attesta la reazione di molti giuristi che ha dato vita, nella prospettiva della valorizzazione dell'autonomia decisionale della persona, alla Proposta nota nella comunità scientifica come Proposta Zatti in tema di dignità del morire, modulata su un diritto gentile che si fonda su formule elastiche suscettibili di una duttile articolazione, rispettosa del fluire della personalità dell'individuo (desideri, preferenze, inclinazioni, aspirazioni, convinzioni, credenze, concezione di vita, sono le espressioni usate nel testo).

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

coniugi in riferimento alla costituzione e alla cessazione del vincolo. Per poi sottolineare la marginalità dei casi che verrebbero ad incidere sul paradigma eterosessuale del matrimonio tale da consentirne la deroga in funzione della preservazione di interessi massimamente garantiti al livello costituzionale: il diritto all'identità e il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

A fronte della diffusa opinione secondo cui l'unica interpretazione possibile a seguito della riforma è l'automatico scioglimento, circostanza questa che dovrebbe fare propendere per l'abrogazione implicita della lett. g), n. 2, art. 3 l. div., gli studiosi più sensibili non hanno mancato di rilevare come la Corte di cassazione – proprio alla luce delle considerazioni sin qui svolte – avrebbe potuto interpretare la normativa nel senso di non considerare obbligato lo scioglimento coattivo del matrimonio, sulla sponda di quella dottrina che riteneva – e continua a ritenere – che sia rimessa ai coniugi la scelta in ordine al vincolo coniugale.

Si è, quindi, messo in evidenza il rischio di una dichiarazione di inammissibilità della questione, stante la possibilità di un'altra interpretazione della normativa tacciata di incostituzionalità[10].

In questo modo la Corte costituzionale non si troverebbe costretta a prendere una posizione precisa e nitida rispetto alla tutela che l'ordinamento intende apprestare alla coppia divenuta dello stesso sesso per effetto dell'esercizio legittimo di un diritto fondamentale dell'individuo ad autodeterminarsi relativamente alla propria identità e alla vita familiare.

6. La diversità di sesso quale requisito (necessario) del matrimonio

Se, dunque, sulla base dei risultati interpretativi in tema di diritti fondamentali nessun dubbio dovrebbe sussistere in merito alla circostanza che lo Stato non può arrogarsi il potere di decidere per la persona relativamente alla sua vita familiare, occorre verificare se l'asserita preminenza di interessi generali e l'asserita ricorrenza di ragioni di ordine pubblico rendano obbligato l'automatico scioglimento del matrimonio del transessuale, ossia se risultino preminenti interessi generali altri che autorizzino l'incisiva limitazione del diritto all'autodeterminazione.

La Corte di appello di Bologna, partendo da premesse errate e contraddittorie, ritiene incompatibile l'interpretazione volta a consentire il permanere del vincolo perché ciò significherebbe mantenere in vita "un rapporto privo del presupposto suo legittimo più indispensabile: la diversità sessuale dei coniugi", presupposto questo che sta alla base di tutta la disciplina positiva (codice civile e legislazione collegata) dell'istituto matrimoniale[11]. Per i giudici sarebbe del tutto contrastante con i principi di ordine pubblico che regolano tale materia un'interpretazione volta a considerare il matrimonio del transessuale non scalfito dal suo mutamento di sesso.

Tale considerazione, tuttavia, non tiene conto dell'orientamento emergente nel nostro ordinamento secondo cui la diversità di sesso degli sposi per quanto rappresenti un presupposto implicito del matrimonio, non è più espressione di un principio di ordine pubblico.

Da questo punto di vista è sufficiente ricostruire le tappe più significative del percorso sviluppatosi al livello interno e sovranazionale con riguardo alle unioni fra persone dello stesso sesso per rendersi conto della mutata prospettiva con la quale si guarda alla famiglia[12].

Ed in questa direzione si muove la Corte di cassazione sia nell'ordinanza di rimessione, quando puntualizza che "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 Cedu in ordine all'esclusiva applicabilità del modello matrimoniale alle unioni eterosessuali (…)"[13], sia, ancor prima, nella pronuncia n. 4184/2012 quando afferma che è venuto meno il plurimillenario e tradizionale principio secondo il quale la diversità di sesso dei nubendi è da considerare, unitamente alla manifestazione della reciproca volontà matrimoniale espressa davanti all'ufficiale dello stato civile celebrante, requisito minimo indispensabile per l'esistenza stessa del matrimonio civile.

Il mutamento di direzione e il superamento della concezione in base al quale la diversità di sesso

10 M. Gattuso, *Matrimonio, identità di genere e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, n. 3, p. 1076.

11 Corte di appello di Bologna, 4 febbraio 2011, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, p. 570.

12 Sia consentito il rinvio a G. Palmeri, *La famiglia omosessuale: linee di tendenza e prospettive*, in *Le relazioni affettive di fatto*, F. Romeo (a cura di), Utet, in corso di pubblicazione, e alla bibliografia ivi indicata.

13 Corte di cassazione, 6 giugno 2013, n. 14329, p. 25 e s. Nell'ordinanza si afferma che il carattere della eterosessualità non costituisce più un canone di ordine pubblico né interno, né internazionale.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

tra i nubendi costituisce presupposto o requisito indispensabile, per così dire naturalistico, della stessa esistenza del matrimonio, induce i giudici di legittimità a riconsiderare le ragioni della non trascrivibilità del matrimonio omosessuale celebrato all'estero e a sostenere che i cittadini italiani dello stesso sesso che si siano sposati all'estero non sono titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano, non già a causa dell'inesistenza del matrimonio o della sua invalidità bensì – a seguito delle sentenze della Corte costituzionale 15 aprile 2010, n. 138 e della Corte europea dei diritti dell'Uomo del 24 giugno 2010, n. 30141 – della sua inidoneità a produrre effetti giuridici in Italia[14].

Secondo la Cassazione deve prendersi atto della presenza nel nostro ordinamento dell'art. 12 Cedu nella sua attuale interpretazione operata della Corte europea, che ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi, non considerandola più un requisito o un presupposto essenziale per la celebrazione del matrimonio.

Questa prospettiva interpretativa è avversata dalla dottrina che, al contrario, ne ribadisce il carattere di ordine pubblico e di essenzialità[15].

In realtà, il richiamo alla diversità di sesso degli sposi nella fattispecie qui considerata tende a spostare l'attenzione dalla persona del transessuale, già titolare di uno *status* coniugale, alla astratta legittimità del vincolo matrimoniale tra individui dello stesso sesso, creando confusione e mescolando situazioni differenti, come rilevato in dottrina e in giurisprudenza.

In presenza di cambiamento di sesso non si pone il problema della validità/esistenza dell'atto ma della conservazione di un rapporto già instaurato e potenzialmente consolidato. Una questione ben diversa da quella dell'ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma che certamente incide sul dibattito, sulle future ricadute pratiche e sugli esiti interpretativi in tema di convivenze omosessuali.

Come sottolineato dalla difesa dei coniugi ricorrenti nel caso che ha dato luogo alla rimessione degli atti innanzi alla Corte costituzionale, il mancato riconoscimento del diritto di sposarsi delle persone dello stesso sesso non può essere equiparato alla soppressione di uno *status* già acquisito.

L'asserita, inevitabile apertura, conseguente al riconoscimento della non automaticità dello scioglimento del vincolo coniugale, del matrimonio alle coppie omosessuali è quindi pretestuosa.

7. Diritto all'identità e alla vita familiare e divorzio "imposto" del transessuale

In assenza dell'esigenza di garantire la protezione di interessi superiori – non configurabili, ad avviso di chi scrive, nella fattispecie in esame – non risulta in linea con l'impianto costituzionale imporre al transessuale di scegliere se procedere all'affermazione della propria identità di genere ovvero mantenere in vita il rapporto di coppia già instaurato.

È palese il conflitto che, così facendo, si determina tra due diritti di pari rango: il diritto a realizzare la propria identità personale e il diritto al matrimonio[16].

Laddove dovesse considerarsi automatico lo scioglimento del vincolo si finirebbe, infatti, con l'impedire al transessuale di godere di ambedue i diritti, il diritto all'identità e il diritto alla vita familiare, in particolare matrimoniale. E si negherebbe anche il diritto dell'altro coniuge alla prosecuzione del rapporto coniugale e degli impegni di assistenza e cura assunti con il matrimonio.

Nel conflitto fra l'interesse dello Stato alla conservazione del modello tradizionale di famiglia e il diritto all'autoderminazione, in un sistema incentrato sulla persona, sul valore della dignità, sui principi di libertà, uguaglianza e solidarietà, non può considerarsi preminente il primo ma al contrario deve riconoscersi la priorità del secondo.

La forte ritrosia a compiere un simile passo, pur nella consapevolezza che così si determina una ingerenza eccessiva dello Stato nella vita privata delle persone, è funzionale alla scelta di circoscrivere il matrimonio alle coppie di genere diverso, scelta che potrebbe forse considerarsi ammissibile soltanto in presenza di un sistema di garanzia della vita familiare delle coppie dello stesso sesso, del tutto assente nell'ordinamento giuridico italiano.

14 Grande scalpore ha destato l'ordinanza del Tribunale di Grosseto del 9 aprile 2014 con la quale è stata ordinata all'Ufficiale di Stato civile la trascrizione del matrimonio celebrato a New York da una coppia omosessuale.

15 A. Di Francesco, *Considerazioni sul valore costituzionale del matrimonio tra uomo e donna*, cit.

16 Conflitto sottolineato da Corte costituzionale tedesca, 27 maggio 2008, 1, BvL 10/05; Corte costituzionale austriaca, 8 giugno 2006, n. 17849, V4/06; Corte Edu, 13 novembre 2013, *H c. Finlandia*.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

8. Considerazioni conclusive

Qualche breve considerazione deve svolgersi conclusivamente a proposito del ruolo svolto dai giudici e dell'assenza del legislatore.

L'esperienza insegna come il silenzio, l'inerzia e in taluni casi un cattivo intervento del Parlamento possano tradursi in omissioni o violazioni non giustificabili alla luce dei valori fondanti della nostra Costituzione; ciascuno di questi tipi di risposta può, infatti, avere una incisiva forza simbolica, nel senso della sottovalutazione e della delegittimazione di una certa realtà sociale.

Ciò è particolarmente evidente con riguardo all'identità di genere e all'orientamento sessuale, con riferimento ai quali stenta ad affermarsi una pratica dei diritti e delle relazioni effettivamente improntata al valore della dignità e ai principi della parità sostanziale e del rispetto dell'identità quale espressione di unicità individuale.

D'altra parte, già da tempo si è sottolineato come il problema dei diritti umani non è fondarli ma proteggerli e soprattutto garantirne l'effettività.

Si avverte sempre più forte l'esigenza di accompagnare la persona – ogni persona – nell'intero percorso della propria esistenza e di garantire ampi spazi di libertà, senza cadere nella tentazione di incanalare scelte esistenziali inscindibilmente connesse al particolare, unico, vissuto del diretto interessato entro rigidi binari predefiniti, specie se non condivisi. È pressante la necessità di un diritto che si faccia garante della promozione, dell'attuazione e della tutela della dignità, dell'uguaglianza e della non discriminazione, dell'autodeterminazione, della libertà e della solidarietà.

In questa direzione, con aporie e contraddizioni, sembra muoversi il diritto vivente, in risposta alle insistenti sollecitazioni delle persone che vivono e subiscono sulla propria quotidiana esistenza la frizione fra un sistema astratto di diritti e libertà e la negazione, in certi casi sistematica, del loro esercizio concreto. In questo percorso un ruolo incisivo è svolto dai giudici, che con oscillazioni, accelerazioni e battute di arresto hanno consentito, se pur lentamente, l'emergere di realtà sommerse se non addirittura negate.

Nell'inerzia del Parlamento e, dunque, in assenza di una tutela della vita familiare delle coppie dello stesso sesso, anche al di fuori del matrimonio, da attuare mediante specifica regolazione (come peraltro sollecitato dalla Corte costituzionale) non è tollerabile la negazione della protezione della vita familiare del transessuale e del coniuge, i quali vedrebbero reciso il loro vincolo e caducato il loro *status*, senza che esista una alternativa al livello giuridico che consenta loro di mantenere la posizione, in termini di diritti, doveri, aspettative, acquisita con il matrimonio e alla quale non intendono rinunciare.

Come sottolineato dalla Corte di cassazione "per effetto della rettificazione di sesso il preesistente matrimonio rimane deprivato di qualsiasi ancoraggio giuridico e di qualsiasi forma di tutela, pur essendo stato legittimamente celebrato" e ancora voluto dai coniugi[17].

Al livello sovranazionale si è osservato come l'unica forma di bilanciamento tra l'esigenza di circoscrivere il matrimonio a soggetti di sesso differente e la necessità di garantire massimamente l'esercizio dei diritti fondamentali e l'autodeterminazione relativamente alle scelte esistenziali può rinvenirsi nella presenza all'interno dello specifico ordinamento considerato di un altro istituto in grado di garantire i medesimi diritti e doveri discendenti dal matrimonio alla coppia non più coniugata in conseguenza della rettificazione di sesso di uno dei due componenti[18].

La sollecitazione avanzata attraverso l'ordinanza di rimessione n. 14329/2013, resa possibile dalla asserita "obbligata" interpretazione nel senso dell'introduzione ad opera del legislatore di una fattispecie di divorzio imposto *ex lege* che non richiede una pronuncia giudiziale *ad hoc* per produrre i suoi effetti, ad eccezione della necessaria tutela giurisdizionale per ciò che concerne le decisioni relative alla prole minore di età, potrebbe rappresentare l'occasione per la Corte costituzionale di realizzare un passo in avanti e aprire la strada al riconoscimento della pari dignità di ogni relazione familiare, nel rispetto delle norme della Costituzione, senza pregiudizi e rifuggendo da aprioristiche preclusioni.

Ove ciò non dovesse accadere occorrerà riflettere sulla possibilità di percorrere nuove vie, potendosi configurare una responsabilità del nostro Stato, sordo alle sollecitazione provenienti dall'Ue, non curante di norme sovranazionali di rango primario (il Trattato di Lisbona, la Carta di Nizza, la Cedu) e inadempiente rispetto al monito di provvedere all'emanazione di una normativa di riconoscimento e tutela della vita familiare di ogni persona, indipendentemente dal, e quindi nel rispetto del, suo orientamento sessuale e della sua identità di genere.

17 Corte di cassazione, 6 giugno 2013, n. 14329, p. 31.

18 V. Corte costituzionale tedesca, 27 maggio 2008, 1, BvL 10/05; Corte costituzionale austriaca, 8 giugno 2006, V4/06. Cfr. A. Schuster, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, n. 3, p. 259.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

*Paolo Veronesi**

Il "caso Bernaroli" alla Corte costituzionale: ancora un bivio sul tema dell'eterosessualità del matrimonio

Sommario

1. Il "caso Bernaroli" nel quadro della "post-modernità" – 2. Il "senso" di una decisione da adottare "in concreto" – 3. La peculiarità del "caso Bernaroli" e la divergente reazione della giurisprudenza: l'approdo alla Corte costituzionale – 4. La "sostanza normativa" dalla quale scaturisce la *quaestio* di costituzionalità – 5. I dubbi di legittimità avanzati dalla Corte di cassazione e il loro "respiro" – 6. La prognosi: come potrà decidere a Corte? – 7. Le incongruenza dell'interpretazione consolidata

Abstract

Il "caso Bernaroli" va affrontato muovendo dai tratti del tutto peculiari della vicenda in giudizio: tale specificità incide infatti sull'individuazione delle norme applicabili, oltre che sulla possibile soluzione della *quaestio* sottoposta all'esame della Corte costituzionale. Nel contributo si illustrano quindi i vari esiti cui la Corte potrà alternativamente giungere. Non si nascondono tuttavia i timori che – anche alla luce della discussa sentenza n. 138/2010 (e di alcuni suoi passaggi non proprio cristallini) – la Corte decida infine di adottare una pronuncia di rigetto. Vengono peraltro sottolineate le incongruenze che questa conclusione comporterebbe.

*The "Bernaroli case" needs to be addressed considering the specific features of the judgment. The specificity of this case affects the overall identification of the applicable rules, as well as the possible solution of the "*quaestio*" submitted to the Constitutional Court. Considering this framework, the article discusses the possible conclusions that the Court could reach. The article also considers the possibility of an adverse judgment in the light of the controversial ruling no. 138/2010. Finally, the article highlights the potential inconsistencies connected with the latter hypothesis.*

1. Il "caso Bernaroli" nel quadro della "post-modernità"

Come capita sempre più spesso, sono i tratti del caso "sotto la lente" a "fare la differenza". È, insomma, l'assoluta originalità della fattispecie, la sua peculiare fisionomia, il coraggio degli interessati nel sottoporla al dibattito pubblico e alla valutazione di un giudice (insistendo pervicacemente nelle loro ragioni), a portare infine alla luce una diversa "visione delle cose" con la quale il diritto – volente o nolente – è costretto a "fare i conti". Ed è proprio mutando il più consueto "punto di vista" che dal caso affiorano tutte le incongruenze, le opacità e le potenziali "violenze" sottese a normative, interpretazioni e tradizioni date invece per scontate.

In tal senso, il "caso Bernaroli" fa (per certi versi) il paio con il recentissimo provvedimento del

* Associato di Diritto costituzionale, Università di Ferrara.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Tribunale dei minorenni di Bologna[1] che ha confermato l'affidamento consensuale di una minore a una coppia formata da persone dello stesso sesso (ribadendo quanto già autorizzato dal giudice tutelare di Parma)[2]. Nel rigettare gli argomenti adottati dal P.M. – che non esitava a definire "sedicente" la coppia coinvolta nel caso – i giudici bolognesi e parmigiani hanno invece qualificato quest'ultima come un nucleo familiare di idonee qualità morali, adeguatamente stabile[3], del tutto adatto ad accogliere e accudire la bambina; essi hanno altresì trovato conferma delle loro argomentazioni valutando i risultati positivi già conseguiti dalla coppia nella cura della minore (confermati altresì dalla sua stessa famiglia di provenienza). I giudici hanno pertanto ritenuto che costituisca un «mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale»[4]. Anche in questa vicenda è stato dunque il caso, esaminato in tutte le sue pieghe, senza paraocchi e pregiudizi, a mettere in discussione e a ribaltare quanto molti sono invece portati a dare per assunto, incontrovertibile, tradizionale (e perciò solo inamovibile)[5].

Un simile atteggiamento consente perciò di approdare a decisioni giuridiche davvero "a misura d'uomo", come pretenderebbero – a ben vedere – gli assunti dei principi personalista e pluralista, ben radicati nel tessuto più profondo della nostra Costituzione[6].

Insomma, solo seguendo questo tracciato si produce, s'interpreta e si applica dunque il diritto calibrandolo sulle esigenze dei singoli soggetti coinvolti nelle varie vicende, non zavorrandolo invece con il peso di certezze astratte, autoritarie, calate dall'alto. Un diritto che – come pretende il tempo presente – sappia essere sufficientemente duttile, così da mettersi costantemente in discussione e potersi confrontare con l'inaspettata fisionomia dei casi che verrà (sempre più frequentemente) chiamato a risolvere. Un diritto – in aggiunta – che sappia allargare gli spazi delle prerogative della persona senza con ciò provocare alcun danno tangibile ad altri o alla stessa comunità[7].

Sono queste le fondamenta basilari di un diritto che sappia cioè «giudicare umanamente»[8], rigettando le «petizioni di principio» tramandate dal passato, e collocandosi invece «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale»[9].

Questa è insomma la bussola della post-modernità giuridica. A essa dovrebbero dunque volgere lo sguardo – nell'ordine – il legislatore, l'interprete, i giudici nonché – in ultima istanza – la Corte costituzionale, chiamata finalmente a intervenire allorché le norme di legge frappongano un muro insuperabile alla realizzazione dei precetti costituzionali (incessantemente riletti e rivisti fino ai loro insormontabili confini testuali).

In questa stessa prospettiva (e secondo questo "punto di vista") andrebbe dunque affrontata anche la "vicenda Bernaroli".

---

1 Ci si riferisce al decreto 31 ottobre 2013. Ancor più di recente, un analogo provvedimento è stato adottato dal Tribunale dei minorenni di Palermo, decreto 4 dicembre 2013. Entrambi gli atti sono pubblicati sul sito *www.articolo29.it*.

2 Tribunale di Parma, decreto 3 luglio 2013.

3 Come evince altresì dai dodici anni di esistenza e dai sei di effettiva convivenza.

4 Si tratta di un approdo confermato anche da numerose voci scientifiche: v., ad esempio, le fonti menzionate da C. Lalli, *Buoni genitori*, Milano, 2009, p. 222 ss.

5 Sulla vicenda v., ad esempio, A. Ruggeri, *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, in *www.giurcost.org*, il quale (solitamente molto cauto sul tema della tutela costituzionale delle unioni familiari) sostiene che – pur non potendo dar vita a una famiglia *ex* art. 29 Cost., e dunque non potendo essere al centro di affidamenti preadottivi – una coppia omosessuale può invece essere protagonista di un affido temporaneo, sempre che ciò risulti funzionale al preminente interesse del minore (ad esempio, quando si sia già instaurata una relazione affettiva tra il bambino e i componenti la coppia).

6 Sul principio personalista – richiamato all'art. 2 Cost., ma in realtà premessa e ingrediente essenziale di un nutrito gruppo di norme costituzionali (a partire dallo stesso art. 3) – si rinvia a quanto già espresso in P. Veronesi, *La dimensione costituzionale della persona*, in *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, A. Pugiotto (a cura di), Napoli, 2013, p. 525 ss.

7 Su questo tema – risalente a John Stuart Mill – si rinvia alle considerazioni giuridiche di G. Gemma, *Costituzionalismo liberaldemocratico e dignità imposta*, in *Ragion pratica*, 2012, n. 38, p. 129 ss.

8 L'espressione – davvero indovinata – compare nella relazione di Daniel Borrillo, che l'ha significativamente estrapolata da un'importante sentenza francese.

9 Questo si legge nella sentenza costituzionale n. 161/1985, punti 3 e 4 del Considerato in diritto. Tali affermazioni appaiono ancor più rilevanti in quanto tale pronuncia rigettava – proprio in base a considerazioni simili – le questioni di legittimità sollevate nei confronti della legge n. 164/1982 (Norme in materia di rettificazione di sesso).

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

2. Il "senso" di una decisione da adottare "in concreto"

È perciò solo in concreto che si può e si deve valutare la bontà (anche costituzionale) delle disposizioni vigenti, oltre che la congruenza delle loro interpretazioni consolidate e delle loro conseguenti ricadute sulla vita dei soggetti coinvolti. Ciò vale soprattutto allorché si tratti di affrontare i più imprevedibili "casi scabrosi", i quali sono spesso – in realtà – nulla più del naturale frutto dei tempi.

Come già si è detto, solo in concreto si deve quindi valutare l'idoneità di una coppia (eterosessuale o meno) a vedersi affidato un minore; ed è – per giungere a noi – analogamente in concreto (e senza preconcetti) che occorre valutare se le norme vigenti davvero impongano che un matrimonio vada sciolto d'imperio a seguito di un fatto certo assai particolare (e normalmente imprevedibile) qual è il sopravvenuto mutamento dei tratti sessuali di uno dei coniugi. Di risulta, occorrerà altresì interrogarsi sulla compatibilità costituzionale delle soluzioni legislative (nient'affatto flessibili) che spesso inquadrano tali vicende; ciò ovviamente deve valere anche allorché si tratti di soluzioni ereditate dal più profondo passato o legittimate da una pratica costante.

In questa stessa logica – e con riguardo a un tema che s'approssima a quello in discussione – si colloca proprio quella giurisprudenza (ancora oscillante) che consente la rettifica anagrafica del genere a prescindere dalla modifica chirurgica dei tratti sessuali primari[10]. I giudici in tal senso orientati riconoscono insomma che non sempre sia concretamente possibile, necessario e opportuno – per la concreta salute del protagonista e la sua effettiva realizzazione personale (*ex* artt. 2 e 32 Cost.) – giungere a un tale approdo; in questo senso è stato dunque (spesso) valorizzato il passaggio della legge n. 164/1982 in cui si prescrive che si debba effettivamente procedere all'intervento chirurgico solo "quando risulti necessario" (ricavandosene, insomma, che non sempre e immancabilmente lo sarebbe).

Una simile soluzione appare perfettamente in linea con talune affermazioni contenute nella sentenza costituzionale n. 161/1985. Quest'ultima – dichiarando infondate le questioni di legittimità costituzionale promosse nei confronti della legge n. 164/1982 – affermava infatti che le differenze tra i sessi non sono "qualitative" bensì soltanto "quantitative". Esse, dunque, si collocano per lo più in una sorta "zona grigia", non esistendo cioè – in molti casi – una rigida distinzione tra ciò che è indubitabilmente "bianco" e ciò che invece è "nero". Operare su questi terreni richiede quindi un *surplus* d'attenzione da parte dei giudici del caso concreto nonché – ancor prima o in prospettiva – dal legislatore. Occorre insomma che chi è chiamato a occuparsene lavori di cesello, non già brandendo la scimitarra di una tradizione di cui pretende il rispetto per puro ossequio alla stessa.

3. La peculiarità del "caso Bernaroli" e la divergente reazione della giurisprudenza: l'approdo alla Corte costituzionale

È da questo *humus* e da una simile visione del diritto – la cui sostanza problematica supera di certo gli argini della vicenda da risolvere – che scaturisce l'ordinanza di rimessione n. 14329/2013. Con tale pronuncia – nella cornice del "caso Bernaroli"[11] – la Corte di cassazione ha perciò sollevato una serie di questioni di legittimità costituzionale sugli artt. 2 e 4 della legge n. 164/1982. Le norme da essi ricavabili imporrebbero infatti la cessazione automatica degli effetti civili del matrimonio in ogni caso in cui intervenisse la rettificazione anagrafica del sesso di uno dei coniugi. La Suprema Corte non ha quindi ritenuto possibile estrapolare dall'ordinamento norme che consentissero una diversa soluzione del caso; un esito che essa avrebbe evidentemente ritenuto più consono ai principi costituzionali da utilizzare come parametro. Da ciò scaturisce dunque l'inevitabile promovimento della *quaestio* di legittimità in discussione.

Qual è l'evidente peculiarità della fattispecie concreta in discorso? Qual è insomma l'ingrediente che mette in dubbio tutte le pregresse certezze, costringendo a posizionare, a osservare e a valutare diversamente la "bussola giuridica" fornita dalla norme (anche costituzionali) utilizzabili nella vicenda?

Tale originalità consiste nel fatto che – contro ogni previsione – i coniugi coinvolti nel caso intendono pervicacemente rimanere tali[12]; essi non avanzano dunque alcuna domanda di scioglimento del

10 Per un completo panorama in materia cfr. A. Lorenzetti, *Modifica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico: lo* stop and go *della giurisprudenza*, in *www.articolo29.it*, 27 settembre 2013.

11 Per l'esaustiva descrizione delle varie tappe sin qui affrontate da tale vicenda si rinvia (per tutti) ad A. Lorenzetti, *Diritti "in transito". La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2014 (in corso di pubblicazione).

12 Nei (pochi) casi conosciuti, il coniuge del transessuale aveva infatti sempre richiesto una pronuncia di cessazione degli effetti

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

matrimonio nonostante sia effettivamente intervenuto il mutamento di sesso di uno dei due. A riprova di una tale sintonia di coppia, balza anzi agli occhi che l'un coniuge ha assistito costantemente il *partner* nel suo percorso di transito MtF.

Sono proprio queste circostanze – impensabili e incredibili fin quando non hanno avuto l'"insolenza" di accadere – a far deflagrare le contraddizioni della disciplina legislativa applicabile nel caso.

In conseguenza del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione adottata del Tribunale di Bologna[13] – in cui peraltro nulla si prevedeva in riferimento al matrimonio in corso – l'ufficiale dello stato civile del Comune di Finale Emilia procedeva dunque, di sua iniziativa, ad annotare l'avvenuto scioglimento nei relativi registri. Egli riteneva perciò che la rettificazione di sesso avesse generato di per sé – e in base alle norme vigenti – il venir meno del vincolo. Di tutto ciò i coniugi ricevono peraltro una mera notizia informale.

Il Tribunale di Modena accoglieva invece il conseguente ricorso della coppia, ordinando di cancellare l'annotazione *de quo*, posto che nessun giudice si era espresso al riguardo[14]. Il Tribunale riteneva dunque che la P.A. avesse posto in essere un'ipotesi di scioglimento coatto del matrimonio, reputando altresì che ciò fosse in palese violazione delle norme vigenti e dello stesso principio di legalità.

In base alle medesime norme, la Corte d'appello di Bologna riformava però tale decisione, ritenendo automatico lo scioglimento matrimoniale conseguente alla rettificazione anagrafica del sesso di un coniuge. In tali circostanze la Corte d'appello ritiene perciò che l'operato dell'ufficiale di stato civile sarebbe del tutto doveroso[15]. A pena di ammettere – aggiungeva – il matrimonio (anche solo temporaneo) tra persone dello stesso sesso, da ritenersi invece vietato ai sensi dell'art. 29 Cost. (specie dopo la sentenza costituzionale n. 138/2010).

La Corte di cassazione – investita finalmente della vicenda – ha perciò sollevato una sequenza di questioni di legittimità con la citata ordinanza n. 14329/2013: essa ha evidentemente ritenuto che l'interpretazione delle disposizioni coinvolte nel caso non lasciassero spazio a dubbi, riscontrando però, nei loro effetti concreti, più d'una perplessità di ordine costituzionale.

Che la fattispecie coinvolga un "nervo scoperto" della disciplina sotto giudizio è del resto confermato da una successiva vicenda in cui – senza neppure promuovere la *quaestio* di costituzionalità – lo scioglimento del matrimonio è stato considerato l'effetto automatico della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi[16]. Un secondo caso che rende perciò non più isolato il precedente di cui stiamo discutendo.

4. La "sostanza normativa" dalla quale scaturisce la *quaestio* di costituzionalità

Ma qual è dunque – scarnificata all'essenziale – la sostanza giuridica della *quaestio* sottoposta all'esame della Consulta? L'hanno messa bene in luce sia Marco Balboni (nell'introdurre i lavori), sia Barbara Pezzini e Pina Palmeri: ai loro contributi dunque si rimanda.

Il quesito giuridico – ridotto in pillole – può essere così formulato: la disciplina della legge n. 164/1982 e dell'art. 3, comma 4, lett. g), della legge n. 898/1970 (introdotto a seguito della novella approvata con la legge n. 74/1987), davvero impone, nel caso in discorso, lo scioglimento automatico dell'unione matrimoniale?

L'art. 4, legge n. 164/1982, prescrive infatti che la sentenza di rettificazione provochi l'automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio già celebrato. Esso tuttavia afferma che in simili circostanze vanno applicate le disposizioni della legge n. 898, rinviando altresì alle sue successive modificazioni. Implicitamente, tale assunto è altresì ribadito da un *obiter dictum* contenuto tra le righe della sentenza n. 161/1985[17].

La novella del 1987, intervenendo sulla legge n. 898, ha tuttavia (ed espressamente) aggiunto all'e-

civili del matrimonio: cfr. i precedenti illustrati da B. Pezzini, *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere*, in *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Ead. (a cura di), Bergamo, 2012, p. 178 s.

13 Si tratta della pronuncia adottata il 30 giugno 2009.

14 Nella decisione 28 ottobre 2010.

15 Cfr. la pronuncia 4 febbraio 2011.

16 Tribunale di Modena, 26 maggio 2011, n. 12, menzionata da B. Pezzini, *Transgenere in Italia*, cit., p. 180.

17 Ove si legge che l'avvenuta rettificazione «impone, operata la trasformazione anatomica, lo scioglimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso» (punto 12 del Considerato in diritto).

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

lenco di casi in cui il divorzio *può essere domandato* da uno dei coniugi, anche (e proprio) il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso. Occorre perciò stabilire se, dopo la legge n. 78/1987, lo scioglimento del matrimonio sia una conseguenza necessitata dall'intervento di una sentenza di rettificazione, ovvero se ciò sia destinato a prodursi solo a seguito dell'esplicita domanda di uno degli interessati (e della conseguente pronuncia di un giudice).

Il Tribunale di Modena – sulla scia di una consistente parte della dottrina – evidentemente opta per la seconda alternativa; la Corte d'appello di Bologna (come l'ufficiale di stato civile di Finale Emilia) sostiene invece la tesi esattamente opposta; la Cassazione ritiene infine che lo scioglimento automatico sia davvero prescritto dalla disciplina in vigore ma – proprio per questo – promuove la *quaestio* d'incostituzionalità. Alla luce dei numerosi parametri evocati (artt. 2, 3, 29 e 117 Cost.) essa dubita cioè della legittimità (e della fatalità) di un simile esito.

La Cassazione, insomma – norme alla mano – non accoglie l'idea che l'attività certatoria del pubblico ufficiale del Comune di Finale Emilia sia intervenuta in carenza di potere[18]. Per la Suprema Corte – in aggiunta – l'intervento di cui alla legge n. 74/1987 – combinandosi con le norme già contenute nella legge n. 164 – non avrebbe affatto l'obiettivo di rimettere in discussione i modelli matrimoniali già vigenti. L'intento della novella sarebbe invece assai più circoscritto: porre ordine nel sistema delle cause di scioglimento (superando taluni dubbi relativi all'esperibilità di una serie di procedure) e indicare altresì il luogo in cui adottare i provvedimenti relativi agli eventuali figli oltre che ai rapporti patrimoniali intercorrenti tra i coniugi. Da questo punto di vista la norma stabilirebbe insomma che è onere degli ex-coniugi (posto che il matrimonio sarebbe automaticamente sciolto a causa della rettificazione di sesso) devolvere al giudice competente le ulteriori questioni che ne derivano; una simile ipotesi interpretativa era del resto già in circuito nell'ordinamento ben prima dell'entrata in vigore della legge n. 74.

Ergo: per la Cassazione – nonostante il dettato testuale dell'art. 7, legge n. 74/1987 – la rettificazione di sesso di uno dei coniugi continua a determinare lo scioglimento automatico del matrimonio. Affinché si produca un simile effetto non vi sarebbe pertanto l'esigenza di avanzare alcuna domanda di parte né di attendere una pronuncia giudiziale. Nonostante il loro testo possa effettivamente trarre in inganno, questo sarebbe dunque l'esito finale determinato dal complesso delle norme rilevanti nel caso.

Anche l'art. 31, D. lgs. n. 150/2011, intervenendo sulla riforma del rito di cui alla legge n. 164 – e, peraltro, non applicabile nel caso, in quanto entrato in vigore successivamente al suo insorgere – confermerebbe, *a fortiori*, tale assunto. Vi si legge infatti che la sentenza di rettificazione "determina" (non più "provoca") lo scioglimento del matrimonio: la nuova espressione rafforzerebbe e chiarirebbe ancor di più – ritengono alcuni – l'interpretazione favorevole all'idea dello scioglimento automatico[19].

Così interpretando le disposizioni in gioco verrebbe quindi preservato il disposto costituzionale che imporrebbe l'eterosessualità dei coniugi; risulterebbe inoltre rispettato il principio per cui il matrimonio deve comunque fondarsi sulla visibile alterità sessuale di chi inizialmente lo contrae e lo continua poi come "rapporto" (anche a prescindere dallo stretto dato biologico dei coniugi: i transessuali possono infatti contrarre matrimonio con persone aventi il loro stesso sesso "d'origine"). Ciò sarebbe altresì ricavabile sia dall'art. 29 Cost., sia da taluni assunti della sentenza n. 138/2010.

5. I dubbi di legittimità avanzati dalla Corte di cassazione e il loro "respiro"

Quella oggi in discussione – in base all'interpretazione normativa delineata dal giudice *a quo* – costituirebbe, dunque, l'unica ipotesi di scioglimento di matrimonio imposto *ex lege* dall'ordinamento italiano.

Qui sta lo snodo che impone alla Suprema Corte di sollevare la *quaestio* davanti alla Consulta.

La Cassazione – pur adeguatamente ricercandola – ritiene infatti che, in base alle norme disponibili, non vi sia alcuna interpretazione adeguatrice che consenta di superare la barriera dello scioglimento automatico. Essa ritiene perciò rilevante e non manifestamente infondata la relativa *quaestio*: tale automaticità violerebbe infatti, per la Suprema Corte, una corposa serie di norme costituzionali.

Il punto è processualmente molto importante: non pare infatti che vi siano i margini affinché la Corte costituzionale dichiari – sotto questo profilo – l'inammissibilità della *quaestio*; in particolare, essa non potrebbe lamentarsi del fatto che il giudice *a quo* non abbia tentato d'individuare un'interpretazione

18 Dubbi al riguardo sono avanzati invece da A. Schuster, *L'identità di genere: tutela della persona o dell'ordinamento?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, n. 3, p. 259 ss.

19 Cfr. B. Pezzini, *Transgenere in Italia*, cit., p. 182, che avanza invece seri dubbi al riguardo, non ritenendo decisiva la modifica lessicale. Di quest'opinione è la stessa Suprema Corte, come si evince da un passaggio della sua ordinanza di rinvio.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

da lui ritenuta conforme alla Costituzione[20].

Posta, quindi, una tale e consolidata interpretazione delle disposizioni utilizzabili – che pur non la convince – la Cassazione non ha altra strada, per superare i suoi dubbi di legittimità, che chiamare in causa la Corte costituzionale; davanti a quest'ultima essa denuncia quindi i motivi per cui il diritto vivente ormai in avanzato stato di formazione sarebbe incostituzionale[21].

È appunto ciò che avviene: la Suprema Corte lamenta infatti la violazione degli artt. 2, 3, 24, 29 Cost. Essa ipotizza altresì il mancato rispetto degli artt. 8 e 12 Cedu, utilizzati nella loro qualità di norme interposte in base agli artt. 10 (ma in realtà 11) e 117 Cost.; la Cassazione non esita dunque ad appoggiarsi (anche) alla "svolta" giurisprudenziale – incarnata dalle sentenze n. 348 e n. 349/2007 – che ha finalmente precisato il "senso" del rapporto tra norme interne, norme dell'Unione europea e sovranazionali in genere.

I dubbi di legittimità riguardano, in primo luogo, la discriminazione così messa in campo nei confronti delle coppie coniugate in questione rispetto alle altre; queste ultime, in base alla legge n. 898, possono infatti liberamente scegliere se divorziare o meno. Nel caso della rettificazione di sesso la volontà delle parti non assume cioè alcun rilievo; a essa viene invece attribuita una decisiva importanza in altre cause di scioglimento (all'evidenza) ben più gravi[22]. Irragionevole appare poi l'equiparazione che si viene in tal modo a creare tra la fattispecie in discorso e l'ipotesi della morte o della dichiarazione di morte presunta di uno dei coniugi: si tratta, infatti, di eventi tra loro incommensurabili.

Le norme impugnate lederebbero inoltre il diritto delle coppie in discorso a preservare una dimensione affettiva e relazionale già collaudata e profonda; un valore che può anche prescindere dalla rettificazione anagrafica del sesso di uno dei coniugi (come dimostra proprio la dinamica del caso Bernaroli). La durezza e l'univocità delle scelte normative estraibili dall'ordinamento non tengono in alcun conto tutto ciò.

Ne deriva perciò una situazione per cui il preesistente matrimonio viene privato di qualsiasi tutela giuridica, pur essendo stato regolarmente celebrato e pur mancando il consenso di entrambi i coniugi al suo scioglimento. Ciò violerebbe perciò un diritto da ritenersi "personalissimo".

In aggiunta, né il coniuge in transito, né quello rimasto del suo sesso d'origine, vengono in alcun modo sentiti o interpellati. Essi semplicemente subiscono gli effetti automatici della rettificazione di sesso di uno dei due: la Cassazione ipotizza perciò anche la violazione del diritto di difesa.

Questa congerie di conseguenze – afferma la Suprema Corte – si porrebbero inoltre in contrasto con le risultanze della sentenza costituzionale n. 138/2010 nonché con quelle della pronuncia della Cassazione n. 4184/2010[23]: entrambe – e, per quanto riguarda la prima pronuncia, sulla base di una sua interpretazione non condivisa da tutti gli interpreti (e non solo da quelli preordinatamente ostili alle unioni omosessuali)[24] – ammetterebbero infatti la possibilità che il legislatore ordinario introduca l'istituto del *same-sex marriage*. Quello in discussione incarnerebbe pertanto proprio uno dei casi in cui tale necessità emergerebbe in tutta la sua evidenza. E ciò anche per le conseguenze (illegittime) che produrrebbe una soluzione di segno contrario.

Non solo. Per la Cassazione, quanto emergente dalla normativa italiana contrasterebbe con le norme della Convenzione europea dei diritti umani nonché con quanto prescritto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (e ormai inglobato del Trattato istitutivo Ue). Da questi atti si ricaverebbe infatti che la scelta di estendere il modello matrimoniale anche a unioni diverse da quelle eterosessuali sia rimessa

20 *Contra* v. invece M. Gattuso, *Cassazione: viola la Costituzione imporre il divorzio per il cambio di sesso*, in *www.articolo29.it*. Anche Pina Palmeri, nel suo intervento al Convegno, ha sostenuto una simile tesi.

21 Di un diritto vivente che «si sta solidificando nel senso dello scioglimento automatico» ha opportunamente ragionato Barbara Pezzini nel suo intervento.

22 Hanno particolarmente sottolineato questo profilo sia Barbara Pezzini, sia Pina Palmeri. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di tentato omicidio.

23 Sul dibattito suscitato dalla sentenza della Cassazione appena citata nel testo si rinvia al volume di R. Torino (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, RomaTre-Press, 2013, e-book reperibile al sito *www.articolo29.it*., e a M. Di Bari, *Considerazioni a margine della sentenza n. 4184/2002 della Corte di cassazione: la Cassazione prende atto di un* trend *europeo consolidato nel contesto delle coppie* same-sex *anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 28 marzo 2012.

24 Sul punto si tornerà *infra* par. 6. L'interpretazione "negativa" della sentenza è stata invece accolta dalla Corte d'appello di Bologna (v. *supra*, par. 3). Per il variegato dibattito dottrinale che ha preceduto la sentenza costituzionale n. 138/2010 si v., per tutti, i contributi raccolti in Aa. Vv., *La "società naturale" e i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010 (e-book). Per una complessiva ricostruzione e "organizzazione" del dibattito dottrinale preventivo e successivo alla sentenza cfr. L. Conte, *"Impara una quantità di cose dai dotti": la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello "specchio" della dottrina*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), Milano, 2012, pp. 117 ss.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

esclusivamente alla discrezionalità del legislatore ordinario, non incontrando vincoli convenzionali di altra natura. Sul punto la Cassazione sembra evidentemente confondere il parametro costituzionale di riferimento (richiamando cioè, come già segnalato, l'art. 10 e non già l'art. 11 Cost.) ma la corretta indicazione dell'art. 117 Cost. potrà essere comunque utilizzata dalla Corte per "salvare" e "correggere" la *quaestio*.

Resta però il problema – ben sottolineato da Elisabetta Bergamini – per cui la giurisprudenza della Corte Edu è (finora) costante nell'affermare che nessuna norma della Convenzione imponga agli Stati di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso (che però è fenomeno ben diverso dal transessualismo, e ancor di più dal caso di uno stabile matrimonio sorto come eterosessuale e poi trasformatosi *de facto* in *same-sex* a seguito di eventi successivi).

Su questa linea si colloca la decisione *H. c. Finlandia* del 13 novembre 2012 (ancora pendente davanti alla *Grand Chambre*): in caso di rettificazione di sesso – e sempre che vi sia l'assenso dei coniugi a continuare comunque la relazione – non è ritenuto contrario alla Cedu stabilire il "passaggio di regime" a un'unione civile registrata (con prerogative tuttavia sostanzialmente identiche a quelle riconosciute ai coniugi). In Italia manca però una simile disciplina; non sono dunque possibili tali distinguo e questi calibrati "slittamenti d'istituto". Distinzioni e opzioni che sarebbero peraltro indispensabili ove si volesse rimanere entro le coordinate di quel diritto "a misura d'uomo" di cui si ragionava in apertura. Essi sono inoltre suggeriti dalla stessa sentenza costituzionale n. 138/2010, ove è testualmente riconosciuto che nel concetto di "formazione sociale" *ex* art. 2 Cost. «è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di *vivere liberamente una condizione di coppia*, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»[25].

Nell'ottica della Cedu, nonché delle relative pronunce della Corte di Strasburgo, non sembrerebbe dunque esservi sufficiente spazio per ritenere che la disciplina italiana – per quanto scandalosamente lacunosa – possa essere colpita da una conseguente dichiarazione d'illegittimità (per violazione dei parametri interposti cui agli artt. 11 e 117 Cost. rinviano)[26]. A meno che – ragionando proprio delle obbiettive differenze tra il caso del matrimonio *same-sex* (che attiene all'orientamento sessuale) e il tema dell'identità di genere (più propriamente riferibile alla sindrome transessuale) – le Corti Cedu e costituzionale non siano indotte ad accertare che vi siano gli elementi per mantenere nettamente separare le due situazioni (operando perciò di conseguenza). Esse potrebbero cioè ritenere doveroso garantire la tutela della vita familiare nel caso dei transessuali che risultino già uniti in matrimonio con persona di sesso identico a quello d'arrivo e non già per gli omosessuali che chiedano di accedere a questo tradizionale istituto familiare. Un'esile speranza che non mancherebbe altresì di aprire un altro fronte, finendo per rendere forse ancor più inconcepibile (e discriminatorio) il persistente divieto del matrimonio *same-sex* (tollerato anche da Strasburgo)[27]: salvo che, ovviamente, il caso *de quo* non venga assunto quale la classica eccezione che conferma la regola.

La Cassazione cita altresì, a sostegno delle sue conclusioni, la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 27 maggio 2008, adottata in un caso del tutto analogo alla vicenda Bernaroli[28]: la legge tedesca prevedeva addirittura la necessità del previo scioglimento del matrimonio ove uno dei coniugi avesse manifestato l'intenzione di cambiare sesso. Non è anzi irrilevante – nell'ottica di un raffronto con la situazione italiana – che anche l'ordinamento tedesco non disciplini il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Non sarebbe dunque peregrina l'idea di "importare" l'argomentazione opportunamente adottata dalla Corte teutonica.

I giudici di Karlsruhe riscontrano pertanto l'illegittimità costituzionale di un simile automatismo, affermando che esso crea una limitazione incongrua del diritto all'identità personale dei coniugi. Tra le caratteristiche del matrimonio si collocano, infatti, sia l'aspettativa di una durevole comunità di vita, sia la stretta volontarietà dello scioglimento. Su questi profili lo Stato non potrebbe dunque interferire. E neppure può obiettarsi che ciò "aprirebbe" la strada ai matrimoni tra persone dello stesso sesso (che continuano a non essere ammessi dalla legge tedesca): le situazioni in esame (oltre che la loro concreta dinamica) non appaiono infatti raffrontabili tra loro, tanti e tali sono i distinguo.

In termini del tutto analoghi ha del resto deciso anche la Corte costituzionale austriaca con la sentenza 8 giugno 2006, n. 17849; e, anche in tale circostanza, ciò è avvenuto pur in assenza di una normativa che disciplini il matrimonio omosessuale.

---

25 Cfr. il punto 8 del *Considerato in diritto*.

26 Analogamente la Corte ha ragionato nella sentenza n. 138/2010, ricostruendo (appunto) la normativa e la giurisprudenza europea in materia (v. il n. 10 del Considerato in diritto).

27 Com'è stato sottolineato da Michele Di Bari durante il dibattito.

28 Durante il Convegno se n'è opportunamente occupata Elvira Ascension. Su tale pronuncia v. anche le considerazioni di M. Gattuso, *Cassazione: viola la Costituzione imporre il divorzio*, cit.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Anche in base a tali vicende (e a simili formanti giurisprudenziali) la Cassazione ritiene dunque corroborato il dubbio che, nel caso Bernaroli – e in base alle norme disponibili per affrontarlo – la compressione dei diritti delle parti coinvolte risulti oltremodo irragionevole, eccessiva e sproporzionata.

6. La prognosi: come potrà decidere a Corte?

Se questo è il quadro, quali pronunce attendersi dalla Corte?

Già mi sono soffermato sull'improbabile adozione di una *decisione d'inammissibilità* dovuta a carenze interpretative contenute nell'ordinanza di rimessione: il giudice *a quo*, a mio avviso, ha svolto fino in fondo il suo compito e ha bene argomentato[29]. Al più – volendo liberarsene – la Corte potrebbe rifugiarsi nell'inammissibilità per affermare che le norme impugnate riflettono una discrezionalità legislativa che non le compete sindacare (appoggiandosi, dunque, all'art. 28, legge n. 87/1953). Ma sarebbe una via di fuga dal respiro assolutamente corto.

Non credo neppure che la Corte possa adottare una sentenza *interpretativa di rigetto*, la quale, dal punto di vista sostanziale, lascerebbe comunque presagire novità di rilievo (appoggiando, di fatto, la posizione già fatta propria dal Tribunale di Modena): l'interpretazione delle disposizioni impugnate è abbastanza consolidata, benché non possa comunque dirsi monolitica stante la scarsità di applicazioni giurisprudenziali (che peraltro è pensabile non fioccheranno neppure in futuro). In simili circostanze la Corte ormai evita l'adozione di pronunce interpretative di rigetto, dando per scontato che i giudici siano mal disposti a farsene carico e a implementarle; non ritengo dunque che, anche per la delicatezza della *quaestio* – e sempre ammesso che la Corte sposi la linea "aperturista" – essa tenti di convincere i giudici ad abbandonare le interpretazioni più diffuse (se non davvero consolidate).

Rimarrebbe dunque – a essere ottimisti – l'adozione di una sentenza *interpretativa di accoglimento*, la quale dichiari cioè l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate nella parte in cui esse prevedono – o sono abitualmente interpretate nel senso di prevedere – lo scioglimento automatico del matrimonio a seguito del cambio di sesso di un coniuge. Una simile scelta avallerebbe dunque un'interpretazione (e una norma) di segno opposto. In alternativa, potrebbe addirittura auspicarsi una sentenza *manipolativa di tipo additivo*: l'illegittimità scaturirebbe cioè dalla lacuna per cui non è prevista la continuazione del matrimonio – pur dopo la rettificazione del sesso di uno dei coniugi – quando vi sia comunque il consenso delle parti coinvolte (la "rima" parrebbe dunque sufficientemente obbligata). Si tratterebbe perciò di decisioni evidentemente diverse (benché entrambe di accoglimento) che approderebbero tuttavia al medesimo effetto.

La possibilità di optare (se del caso) per una sentenza interpretativa o additiva mi pare allontani la probabilità che la Corte adotti una decisione di *accoglimento semplice*, come pur paventato nell'intervento di Barbara Pezzini (al quale si rinvia).

Rimane sul tappeto – ovviamente – l'esito più nefasto: una pronuncia di *rigetto semplice*. In alternativa all'inammissibilità, temo realisticamente – e purtroppo – che questo sarà l'approdo della Consulta. Ciò appare infatti in linea con alcuni, decisivi passaggi della sentenza n. 138/2010. Brani che, pur essendo stati interpretati, da autorevolissima dottrina (e da altrettanto significativa giurisprudenza), nel senso di assegnare alla discrezionalità del legislatore la possibilità di introdurre l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso[30], continuo – seppur a malincuore – a leggere in un senso molto diverso[31]. Ritenendo cioè che la Corte abbia voluto sostenere che la nostra Costituzione supporti unicamente scelte legislative che ammettono il matrimonio solo se contratto tra persone di sesso diverso, imponendosi però al legislatore d'introdurre un'adeguata normativa che si faccia carico anche delle unioni omoses-

29 V. *supra*, par. 5.

30 V., per tutti, V. Angiolini, *Sulle coppie gay l'Alta Corte non chiude*, in *l'Unità*, 16 aprile 2010; M. Gattuso, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 663 s.; B. Pezzini, *Il matrimonio* same-sex *si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010; Ead., *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in *Unioni e matrimoni* same-sex *dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, 2011, pp. 95 ss.; G. Ferrando, *La "via legislativa" al matrimonio* same-sex, *ivi*, p. 31 ss.

31 In questo stesso senso v., tra gli altri, con valutazioni e "toni" ben diversi, A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *www.forumcostituzionale.it*; R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio e il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 1629 ss.; Id., *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Unioni e matrimoni* same-sex *dopo la sentenza 138 del 2010*, cit., pp. 3 ss.; A. Ruggeri, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138/2010?*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

suali[32].

Se la Corte rimanesse entro queste coordinate – così come, pur ritenendole profondamente sbagliate, le interpreto – credo che potrebbe giungere a non ritenere illegittima la scelta legislativa di procedere allo scioglimento automatico del matrimonio nell'ipotesi in cui uno dei coniugi abbia richiesto la rettificazione anagrafica del sesso. Potrebbe senz'altro (e ragionevolmente) obiettarsi che tale situazione non ha nulla a che vedere con la rivendicazione del diritto a contrarre matrimonio tra persone del medesimo sesso, meritando essa – anche in mancanza di un intervento del legislatore – un ben diverso trattamento. La particolarità della vicenda giustificherebbe dunque la decisione di "salvare" l'unione già in corso, in quanto "eccezione" rispetto alla regola[33]. È tuttavia altrettanto vero che, proprio riflettendo sulle differenze esistenti tra un matrimonio che, pur sorgendo nel rispetto del modello eterosessuale, vede poi uniformarsi il sesso anagrafico dei coniugi, e, di contro, sulla realtà dei matrimoni tradizionali *tout court*, la Corte potrebbe invece legittimare l'esistenza di un diverso trattamento legislativo riservato alle loro ipotesi di scioglimento (finanche giustificando, nel primo caso, il divorzio "imposto").

A tale scopo essa potrebbe altresì richiamare e utilizzare proprio quel passaggio della sentenza n. 138/2010 in cui – pur ragionando dell'ipotesi classica del transessuale che contrae matrimonio dopo il cambio di sesso – essa afferma che tale possibilità sussiste solo nel caso in cui sia comunque rispettata l'alterità di sesso anagrafico dei coniugi. Tale ipotesi sarebbe dunque riconducibile alla trama dell'art. 29 Cost., non essendo perciò idonea a fungere da *tertium comparationis* al fine di dichiarare illegittime le norme civilistiche che ammettono il solo matrimonio eterosessuale. La possibilità – tutelata dalla legge – per cui il transessuale può senz'altro contrarre matrimonio con un soggetto di sesso anagrafico diverso, confermerebbe insomma, per la Corte, la radice inevitabilmente eterosessuale del matrimonio.

Spero di sbagliare: sia a interpretare, nel senso proposto, alcuni passaggi (comunque ambigui) della sentenza n. 138, sia a prevederne una simile ricaduta nella questione di legittimità ora all'esame della Consulta[34]. Proprio il caso Bernaroli potrebbe comunque costituire l'occasione propizia affinché la Consulta precisi meglio le affermazioni della sua precedente decisione: chiudendo a interpretazioni possibiliste oppure – al contrario – adottandole con maggior trasporto e linearità. Affermando cioè – questa volta senza incertezze – che gli artt. 3 e 29 Cost. consentono di sostenere che il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia una soluzione non preclusa al legislatore. Da questo approdo si potrebbe infine giungere ad affermare che, almeno in taluni casi – come nella vicenda sottoposta al suo esame – la disciplina legislativa disponibile si debba interpretare nel senso di ammettere la possibilità (quanto meno) di continuare un matrimonio pur quando sopravvenga l'identità di genere tra i coniugi che l'hanno contratto (nel quadro, cioè, di una sentenza interpretativa di rigetto, di accoglimento o addirittura di tipo manipolativo). Ciò anche alla luce delle argomentazioni suggerite da significativi precedenti stranieri e (comunque) dell'obbiettiva differenza tra la fattispecie sotto giudizio e quella del matrimonio omosessuale *tout court*. Del resto, anche nella sentenza n. 138/2010 la Corte costituzionale non ha mancato di affermare che "in specifiche situazioni" occorra estendere alle unioni omosessuali le garanzie già previste per la famiglia tradizionale (riservandosi altresì di farlo).

Ove questo non accadesse rimane ovviamente ferma la possibilità di ricorrere poi alla Corte di Strasburgo, come sottolineato anche da Elisabetta Bergamini; i precedenti sul tema – assai favorevoli alla discrezionalità del legislatore interno – non paiono tuttavia lasciare molte speranze. A meno che non divengano determinanti le distinzioni che già si sono suggerite *supra*, sulla scia delle considerazioni proposte – con motivata cautela – dalla stessa Bergamini.

32 Rinvio al mio P. Veronesi, *Il paradigma eterossesuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, pp. 997 ss. e alle critiche *ivi* espresse. Da ultimo, per la tesi che l'art. 29 Cost. supporti solo una nozione di famiglia eterosessuale v., convintamente, S. Troilo, *La nozione di famiglia tra regole costituzionali e status personali*, in *www.gruppodipisa.it*. Per un quadro d'insieme delle varie interpretazioni che ha suscitato la sent. n. 138 proprio su questo punto cfr. A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, Pisa, 2013, pp. 148 ss.

33 Ha proposto una simile soluzione Barbara Pezzini. Similmente hanno ragionato taluni giudici francesi, come ha evidenziato Daniel Borrillo.

34 Di spiragli che nascono soltanto dalle ambiguità della pronuncia n. 138/2010 ragiona espressamente G. Brunelli, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in *Unioni e matrimoni* same-sex *dopo la sentenza 138 del 2010*, cit., p. 143 s.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

7. Le incongruenza dell'interpretazione consolidata

Nel senso appena auspicato potrebbe altresì essere d'aiuto riflettere sulle concrete incongruenze derivanti da una (ipotetica) conclusione negativa del caso (caratterizzata cioè da una pronuncia di inammissibilità e di rigetto semplice)[35].

Si pensi solo alla possibilità di procedere alla modifica chirurgica dei tratti sessuali all'estero (o in Italia) senza che a ciò si faccia seguire alcuna richiesta di rettificazione anagrafica; questo non impedirebbe infatti di dare luogo a un successivo matrimonio tra persone aventi un'identità di genere e il medesimo sesso anatomico (benché dotate di un diverso sesso anagrafico) o a continuare il rapporto matrimoniale già esistente.

Altra incongruenza: la coppia coinvolta nel caso che si sta esaminando poteva "astrattamente" procreare nel momento in cui si è costituita. La potenziale finalità procreativa – per la sentenza n. 138 – è uno dei tratti tipici della famiglia (diversamente la Corte aveva ragionato in un passaggio assai più nitido della sentenza n. 161/1985)[36]. Si tratta di una tesi che non convince[37], ma che la Corte ha voluto difendere a spada tratta[38]. Dopo il mutamento di sesso di uno dei coniugi ciò non sarebbe certo più possibile; la vicenda Bernaroli – sotto il profilo procreativo – non è allora tanto diversa dalle situazioni in cui si trovano coinvolte coppie che diventano irrimediabilmente sterili solo "in corso d'opera" (e nonostante ciò non chiedono comunque lo scioglimento del matrimonio).

Un'ulteriore incongruenza deriva da un'ipotesi che può ben dirsi "di scuola": che accadrebbe infatti allorché un marito e una moglie chiedessero contemporaneamente la (vicendevole) rettificazione anagrafica del loro sesso? In tal caso avremmo dunque (e ancora) una famiglia eterosessuale (sia pur "a ruoli ribaltati"), nel pieno rispetto del modello certamente accolto dalla Corte. Va dunque ritenuto che, anche in questa circostanza, gli effetti civili del matrimonio debbano venire automaticamente meno?

Se poi il Parlamento approvasse una disciplina delle formazioni sociali formate da persone dello stesso sesso, va da sé che non si potrebbe comunque ritenere legittimo procedere allo scioglimento automatico del matrimonio senza almeno verificare la volontà dei soggetti di restare legati da un simile vincolo di risulta. Purtroppo, però, come già detto, in Italia manca ogni disciplina in tal senso: questa omissione legislativa muta perciò (e decisamente) il quadro delle soluzioni che si prospettano alla Corte. Ma va comunque accettato che possano prodursi effetti di questo spessore senza neppure consultare i diretti interessati?

Non va certo nascosto che le incongruenze appena descritte non sono processualmente rilevanti; la Corte potrà dunque comodamente bypassarle, almeno fino all'emergere di nuove fattispecie che le coinvolgano in concreto. Esse hanno tuttavia il merito di rendere ancor più visibile l'inadeguatezza della disciplina italiana vigente in materia ed evidenziare la sempre più stringente esigenza che, nel nostro Paese, siano (finalmente) le geometrie del diritto a piegarsi alle esigenze dei singoli (e non già viceversa). Perdere le abitudini è talvolta un pregio.

35 Molte sono state elencate anche da M. Gattuso, *Cassazione: viola la Costituzione imporre il divorzio*, cit.

36 Più di preciso, la Corte censurava il remittente che aveva «arbitrariamente» attribuito alla «capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza stessa del matrimonio» (punto 12 del *Considerato in diritto*).

37 Ho affrontato il tema anche in P. Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, cit., p. 1004 ss., ove non ho mancato di sottolineare che anche molte coppie di eterosessuali potenzialmente (e concretamente) non possono certo procreare.

38 V., in particolare, il punto 9 del Considerato in diritto, ove la Corte ragiona del «rilievo costituzionale attribuito… alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale». Sul punto v., tra i molti, A. D'Aloia, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, e M. Manetti, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, entrambi in Aa. Vv., *La "società naturale" e i suoi nemici*, cit., pp. 104 ss. e pp. 231 ss. Da ultimo, e diffusamente, cfr. poi A. Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, pp. 206 ss.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

*Anna Lorenzetti**

Quali possibili risposte dalla Corte di fronte ad un "incerto del mestiere di vivere"?

Sommario

1. Brevi cenni introduttivi – 2. I possibili esiti del giudizio di costituzionalità – 3. Quali argomentazioni?

Abstract

In che modo, la Corte costituzionale, deciderà il caso su "divorzio imposto"? Alla luce del carattere eterosessuale del matrimonio, riconoscerà il diritto a (mantenere) una famiglia per la persona coniugata che ha subito un cambiamento di sesso? Il lavoro analizzerà le ipotesi circa le possibili soluzioni del cd. "caso Bernaroli".

How the Constitutional Court will decide the case on the "imposed divorce"? Given the heterosexual character of the marriage, does the Constitutional Court will recognize the right to (maintain) a family for the married transsexual who undergoes the sex reassignment? The work advance the hypothesis on the possible solution of the so called "Bernaroli case".

1. Brevi cenni introduttivi

Nell'agire quale giudice delle leggi, la Corte costituzionale dovrebbe limitare il proprio giudizio alla compatibilità a Costituzione delle disposizioni (o meglio delle norme) sottoposte al suo scrutinio dal giudice *a quo*.

Tuttavia, in un caso peculiare come quello in esame, non può non porsi in evidenza che la Corte dovrà affrontare un "incerto del mestiere di vivere", "incerto" da intendersi anche rispetto alla capacità stessa del diritto di "comprendere" (nel senso etimologico del termine), e conseguentemente di regolare[1].

L'incertezza non sembra peraltro una caratteristica limitata ai percorsi di vita delle persone che nel caso specifico hanno incrociato il giudizio della Corte costituzionale. Si rivolge infatti in termini più complessivi alla difficoltà di addivenire ad una soluzione in un caso finora considerato soltanto ipotetico o come si suol dire "di scuola"[2]. Fino al materializzarsi del c.d. "caso Bernaroli", infatti, non sembrava pensabile che l'unione coniugale potesse essere in grado di reggere ad un evento, forse traumatico, ma

* Università di Bergamo.

1 Così v. A. D'Aloia, *Il "divorzio obbligato" del transessuale. Ancora un "incerto del mestiere di vivere" davanti alla Corte Costituzionale*, in *www.confronticostituzionali.eu*, 23 luglio 2013. L'espressione è stata coniata dalla Corte costituzionale in occasione della pronuncia n. 494/2002, sullo spinoso tema dell'impossibilità di riconoscere i figli nati da rapporti incestuosi. In questo caso, peraltro, l'esito del giudizio fu la declaratoria di incostituzionalità.

2 È stata la stessa protagonista, Alessandra Bernaroli, a definirsi tale durante uno dei seminari preventivi c.d. *Amicus Curiae*, organizzato dalla cattedra di Diritto costituzionale dell'Università degli studi di Ferrara, Facoltà di Giurisprudenza, e svoltosi a Ferrara, il 26 febbraio 2010.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

certamente significativo come il cambiamento di sesso di uno dei coniugi.

Tuttavia, come la vicenda *de qua* ha dimostrato, non è detto che si produca nella coppia una avversione tale da ripudiare quel *consortium omnis vitae* su cui si fonda il matrimonio e non è detto pertanto che la domanda di divorzio venga proposta.

La questione della validità di un matrimonio contratto nel rispetto dei requisiti previsti dalla legge ma successivamente divenuto fra due persone dello stesso sesso anagrafico è divenuta, con la vicenda Bernaroli, non più un'astratta e improbabile ipotesi teorica attorno alla quale ricostruire le varie soluzioni possibili, ma una vicenda di vita reale che abbisogna di risposte[3].

Da un punto di vista pratico, la questione è sostanzialmente incentrata sulla legittimità dell'imposizione forzata di un divorzio d'ufficio (o "imposto" o "di Stato") a seguito del cambiamento di sesso di uno dei coniugi. Questo sembra prefigurare un bilanciamento fra il diritto individuale ad adeguare il proprio corpo alla psiche (e i connessi diritti alla libertà personale, allo sviluppo della propria personalità, all'autodeterminazione) e l'interesse dello Stato al mantenimento dei modelli familiari esistenti e dunque, in ultima analisi, al carattere eterosessuale del matrimonio.

Non sembra tuttavia plausibile pensare che l'ingresso in bilanciamento di un interesse astratto e generale possa determinare una prevalenza a fronte di diritti individuali costituzionalmente garantiti.

Peraltro, la questione non sarebbe correttamente impostata se ci si riferisse alla configurabilità di un presunto "diritto al matrimonio" in quanto, sotto il profilo teorico, la domanda cui la Consulta è chiamata a rispondere riguarda piuttosto se possa o meno configurarsi un diritto al suo "mantenimento", dunque all'intangibilità di una vicenda umana e prima ancora di un istituto giuridico che ha avuto un regolare ingresso nell'ordinamento.

2. I possibili esiti del giudizio di costituzionalità

Nel decidere il caso sottoposto al suo scrutinio, il Giudice delle leggi ha di fronte un florilegio di soluzioni.

L'ipotesi più probabile sembrerebbe essere quella dell'inammissibilità[4], utilizzando quale éscamotage il richiamo al baluardo offerto dalla discrezionalità del legislatore. Appare indiscusso, infatti, che la questione chiama in causa la configurabilità di ulteriori modelli matrimoniali rispetto a quello esistente e incide dunque sulla sfera di discrezionalità riservata esclusivamente al legislatore.

A favore dell'inammissibilità sembra propendere altresì il mancato tentativo di risolvere la questione con un'interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice *a quo*. La Corte suprema, infatti, non ha ritenuto percorribile alcuna diversa soluzione, considerando insuperabile il carattere eterosessuale del vincolo coniugale. Ma l'interrogativo circa la possibilità di risolvere la questione oggetto del giudizio *a quo* attraverso l'uso dei poteri interpretativi non pare sciolto del tutto dalle argomentazioni presenti nell'ordinanza di rinvio[5]. Alla luce dell'eccezionalità del caso concreto, questa via avrebbe infatti potuto essere verificata con maggiore attenzione. Peraltro, ammettere la possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata che legittimi il mantenimento del vincolo nel caso in esame significherebbe inevitabilmente mettere in discussione l'art. 29 Cost. come fondamento del carattere eterosessuale del matrimonio, riconoscendo, in via indiretta, la possibile legittimità di un matrimonio fra due persone (divenute) dello stesso sesso[6].

Per il rigetto della questione sembrano propendere le medesime argomentazioni che, nella sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010, hanno condotto alla pronuncia di non fondatezza in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost. La Consulta potrebbe, ad esempio, richiamare l'impossibilità di percorrere

3 A sottolineare l'eccezionalità del caso, si ricorda che la modifica apportata in sede di semplificazione dei procedimenti (che, *ex* art. 36, D.lgs. 150/2011, non riguarda i casi pendenti) ha di fatto posto un impedimento al futuro prodursi di casi analoghi, *ex* art. 31, D.lgs. 150/2011. Sul punto G. Bonilini, *Rettificazione di attribuzione di sesso, e scioglimento del matrimonio ai sensi dell'art. 31, D.lgs. n. 150/2011*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, 12; M. Gattuso, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, n. 3, 1076; E. Falletti, *Diversità e identità di sesso nel matrimonio della persona transessuale nella prospettiva comparatistica italo-spagnola*, in *Challenges of Individual Rights in the XXI Century: Family and Religion*, E. C. Raffiotta, A.P. Miras, G.M.T. Lozano (a cura di), Madrid, 2013, p. 177 ss.

4 M. Gattuso, *Cassazione: viola la Costituzione imporre il divorzio per il cambio di sesso*, in *www.articolo29.it*.

5 Corte di cassazione, 12 febbraio 2013, n. 14329, in *www.articolo29.it*.

6 *Contra* A. D'Aloia, *Il "divorzio obbligato" del transessuale*, cit. A parere dell'autore infatti, la situazione che si viene a determinare a seguito della modifica dei caratteri sessuali di uno dei coniugi è, appunto, "sopravvenuta" rispetto a un matrimonio contratto in presenza del requisito della diversità sessuale e si tratta inoltre di un fatto eccezionale, insuscettibile di estensioni analogiche.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

un'interpretazione creativa in ambito familiare e la non irragionevolezza delle distinzioni operate dal legislatore. Posto che accogliere la questione significherebbe implicitamente ammettere l'esistenza di un matrimonio *same-sex*, questo esito eviterebbe l'introduzione di un elemento di incoerenza dato dalla coesistenza di un matrimonio fra due persone dello stesso sesso anagrafico e dal divieto di accesso all'istituto in simili casi. Sembra tuttavia arduo negare la sussistenza di un vizio di costituzionalità della dichiarazione d'ufficio di cessazione del vincolo coniugale, in assenza della domanda di parte e anzi *contro* la volontà espressa delle coniugi.

A favore dell'adozione di una pronuncia interpretativa di rigetto potrebbero muovere alcune argomentazioni che considerano come plausibile, da parte della Corte costituzionale, un'interpretazione delle disposizioni impugnate che valga a "salvarle" dalla dichiarazione di incostituzionalità. Questo esito però si porrebbe in astratta contraddizione alla luce della mancata interpretazione conforme a Costituzione esperita dal giudice *a quo*.

La soluzione offerta da una sentenza monito potrebbe essere funzionale a evidenziare il "disagio" della Corte costituzionale nell'ammettere una soluzione che ponga nel nulla, in assenza di volontà dei coniugi, un matrimonio validamente contratto. Potrebbe così rivolgere al legislatore un invito a intervenire e regolare la materia in modo da eliminare l'incongruenza che deriverebbe dalla soluzione prospettata. Acclarata l'incostituzionalità della normativa nella misura in cui consente una soluzione in grado di comprimere il diritto, protetto dall'art. 29 Cost., al mantenimento di un vincolo coniugale validamente contratto, la Corte rispetterebbe comunque la discrezionalità del legislatore, riservandosi un'eventuale futura declaratoria di incostituzionalità.

Una soluzione che consentirebbe di trovare un compromesso fra la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore e il non venire meno al proprio ruolo di garante della legittimità costituzionale delle leggi e dei diritti fondamentali costituzionalmente tutelati potrebbe essere rappresentata da una pronuncia additiva di principio. La Consulta potrebbe così sottrarsi alla difficoltà di dover coniare una regola immediatamente operante e applicabile *erga omnes*; fissato il principio generale da attuarsi attraverso l'intervento del legislatore, a esso potrebbero fare riferimento anche i giudici nel decidere casi concreti, ovviamente entro certi limiti e con effetti soltanto *inter partes*.

La via di una pronuncia interpretativa di accoglimento potrebbe forse suggerire una soluzione eccezionale al pari dell'eccezionalità della vicenda.

Il caso all'esame della Consulta rappresenta indubbiamente una vicenda singolare e inconsueta, il cui esito, si è detto, sembra dover fare i conti con il "convitato di pietra" della questione, ossia l'accesso al matrimonio fra persone dello stesso sesso. Un accoglimento, infatti, porterebbe con sé lo sgretolamento del paradigma, peraltro oramai incrinato[7], del matrimonio come istituto a carattere eterosessuale, rendendo ancor più irragionevole il diniego di accedere per le coppie *same-sex*[8].

3. Quali argomentazioni?

Proprio l'eccezionalità della vicenda concreta, si ritiene possa rappresentare un elemento a favore dell'accoglimento. L'esito del giudizio non potrà non tenere in considerazione le potenziali implicazioni della sua decisione sulla questione dei matrimoni *same-sex*.

Altrettanto inevitabilmente, non potrà essere ignorato il canone dell'unità familiare che, in questo caso, fa propendere per il mantenimento dell'unione coniugale[9], posto che non potrebbe dirsi rispettato qualora si ammettesse lo scioglimento di un vincolo validamente contratto e in cui persiste l'*affectio coniugalis* e la *communio omnis vitae*.

Il riconoscimento della forza d'urto propria dei casi-limite si ritiene possa dunque consentire di accogliere la questione, circoscrivendo ai minimi termini gli effetti sui regimi matrimoniali, possibile conseguenza indiretta con cui la Corte non potrebbe non confrontarsi[10].

7 B. Pezzini, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *www.forumcostituzionale.it*.

8 *Contra* A. D'Aloia, *Il "divorzio obbligato" del transessuale*, cit.

9 Sull'unità familiare, v. B. Pezzini, *La struttura di genere della famiglia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Ead. (a cura di), Bergamo, 2012.

10 A. D'Aloia, *Il "divorzio obbligato" del transessuale*, cit., sottolinea che «proprio la specificità (l'unicità) del contesto non comporta di per sé una rottura definitiva del paradigma eterosessuale del matrimonio, ovviamente in quegli ordinamenti che ancora ritengono tale paradigma costituzionalmente ragionevole. L'eccezione può convivere con la "regola", fino a quando la regola resta tale».

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Un elemento dalla cui considerazione la Corte non potrà sottrarsi è l'assenza di alternative nel sistema giuridico domestico, per cui non si dà ai coniugi altra possibilità rispetto a quella di divorziare e di interrompere il vincolo che fino a un dato momento li aveva stabilmente uniti. In un caso analogo, proprio la presenza di un regime giuridico alternativo e con effetti e diritti simili al matrimonio aveva consentito alla Corte europea dei diritti dell'Uomo di non giudicare sproporzionata la necessità di un divorzio o la nullità del matrimonio[11].

Nonostante la "via stretta" della questione sollevata, la Corte potrebbe così riservarsi una soluzione che non escluda il prolungamento degli effetti del matrimonio divenuto *same-sex* limitatamente ad alcuni ambiti (quello fiscale e previdenziale, ad esempio, ma anche circa i diritti e doveri reciproci), senza che venga tracciato, tanto meno come necessario, un impatto sulla decostruzione dell'unico modello matrimoniale ammesso dall'ordinamento[12]. Ciò renderebbe ancora più visibile l'artificiosità della costruzione del matrimonio eterosessuale e la possibilità di configurare l'istituto in modo diverso, effetto collaterale inevitabile, cui occorrerebbe "rassegnarsi".

Già sperimentata in altri ordinamenti[13], simile soluzione potrebbe consentire di "registrare" la trasformazione anagrafica per gli effetti più adeguati o comunque necessari al contesto in cui rileva. Potrebbe ad esempio, tenersi conto, ai fini del rapporto coniugale precedente (nei rapporti orizzontali) che lo stato della persona non è libero e che non è possibile coniugarsi senza prima sciogliere il precedente vincolo.

Analogamente, resterebbero invariati gli obblighi di assistenza morale e materiale, sembrando contradditorio pretendere il mantenimento dei doveri a fronte della perdita dello *status* coniugale[14].

Anche circa i rapporti verticali, ossia circa i rapporti di filiazione pregressi, l'obbligo di assistenza morale e materiale permarrebbe immutato. Inoltre, nelle attestazioni e certificazioni, si potrebbe operare un riferimento al sesso anagrafico che il genitore aveva alla nascita del figlio, come peraltro già accade attualmente.

Questa soluzione appare convincente in un'ottica di bilanciamento fra il diritto alla riservatezza del genitore che ha cambiato sesso e la tutela della prole, necessariamente prevalente[15].

Non sembra invece persuasiva l'interpretazione che rende compatibile con la Costituzione lo scioglimento forzato del vincolo coniugale intendendolo come qualcosa di differente dal divorzio, nonostante il chiaro richiamo normativo nella L. 1 dicembre 1970, n. 898. Con un parallelismo definito "inquietante", questa linea interpretativa riconduce il cambiamento di sesso alla previsione di estinzione del vincolo matrimoniale assimilandola alla «morte di uno dei coniugi» (art. 149 c.c.)[16], benché gli effetti

---

11 V. le pronunce Corte Edu, 28 novembre 2006, *R. e F. c. Regno unito*; Ead., 28 novembre 2006, *Parry c. Regno unito*.

12 Secondo B. Pezzini, *Frontiere del corpo e limiti del diritto*, *paper* presentato al Convegno "Migrazioni. Sessualità e generi in movimento", organizzato dall'Università di Bergamo e svoltosi a Bergamo, il 5-6 novembre 2012, in corso di pubblicazione – ad esempio, si potrebbe rinunciare all'attribuzione di un genere per alcuni scopi e momenti della vita, abbandonando la prospettiva del dualismo sessuale come interesse normativo rigidamente postulato dall'intero sistema. La via dell'interpretazione è approfondita da 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*, giugno 2013, per escludere l'operatività *ipso iure* della cessazione degli effetti civili del matrimonio.

13 Ad esempio, l'ordinamento inglese prevede l'eventualità che gli sposi scelgano di non rendere operativa la causa di annullabilità, così risultando legislativamente legittimata l'intangibilità di un vincolo matrimoniale intercorso tra soggetti di sesso psicologico e anagrafico identico. Così il *Gender Recognition Act* del 2004. M.C. Di Gangi, *Brevi osservazioni comparatistiche sulla evoluzione giuridica in tema di transessualità*, in *www.diritto.it*.

14 Mettono in luce questa contraddizione A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, Roma, 1992, p. 161.

15 P.M. Vecchi, voce *Transessualismo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXI, Roma, 1994, 12. Nel bilanciamento fra il diritto alla riservatezza del genitore che ha cambiato sesso e il potenziale pregiudizio dei figli nel veder indicato il precedente nome e sesso originario del genitore, l'autore ritiene prevalente quest'ultimo, seguendo un'interpretazione restrittiva dell'art. 5, L. n. 164/82. Per una posizione analoga, v. A. Ruggeri, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo la Corte cost. n. 138/2010?*, in G. Vidal Marcìlio Pompeu, F. Facury Scaff (org.), *cit.*, pp. 127-128. L'autore non ritiene possibile tracciare univocamente una soluzione prescindendo dal caso concreto e considera la possibilità di ammettere, in via eccezionale, una deroga in nome dell'interesse preminente della prole. La soluzione dunque, non potrà che essere rimessa ("delegata") al prudente apprezzamento dei giudici.

16 V. M. Gattuso, *Matrimonio, identità e dignità personale*, cit., pp. 1076 ss., che richiama criticamente M.E. La Torre, *La rettificazione di attribuzione di sesso. Il dato normativo e i problemi ermeneutici*, in *Famiglia e matrimonio*, G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello (a cura di), vol. I, t. II, Trattato di diritto di famiglia, P. Zatti (diretto da), Milano, 2011, pp. 1583 ss. Secondo, l'autrice «il mutamento sessuale è una fattispecie estintiva del matrimonio più simile alla morte che al divorzio»; infatti, «il coniuge… nella sua pregressa identità sessuale, è - come se fosse - morto, perché rinato in quella opposta e però incompatibile con l'ormai consunto matrimonio eterosessuale». V. anche G. Bonilini, *Rettificazione di attribuzione di sesso, e scioglimento automatico del matrimonio ai sensi dell'art. 31, D.lgs. n. 150/2011*, cit., pp. 805 ss. È interessante notare significativamente che questa posizione era già implicitamente emersa in una nota di commento alla Corte di cassazione, 3 aprile 1980, n. 2161, pubblicata in *Giustizia Civile*,

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

patrimoniali e personali siano regolati dalla disciplina del divorzio.

La non plausibilità di questa argomentazione è confermata non soltanto ricordando che la persona cambia la propria identità anagrafica ma è (e resta) una, ma anche in quanto appare contradditorio il rifiuto di trattare il cambiamento di sesso quale causa di scioglimento del matrimonio, parimenti agli altri casi previsti dalla legge. Risulterebbe perciò incomprensibile la ragione per cui soltanto in questo caso lo scioglimento del matrimonio non dipenda dall'interruzione della comunione di vita tra i coniugi e da una loro valutazione in proposito ma, *tout court*, dal transito e dunque da un atto del coniuge che decide di modificare il proprio sesso.

Inoltre, va dato conto dell'irragionevolezza di pretendere un "prezzo" così significativo per la transizione, che consiste nella "morte civile" della persona transessuale rispetto alla relazione più intima e personale (la relazione coniugale). Questo sembra porsi in conflitto con un sistema costituzionale ispirato al principio personalista[17], in quanto schiaccerebbe la persona nella sola dimensione della transessualità, che azzera ogni altro momento della sua vita e della vita del coniuge, privando anche quest'ultimo della possibilità di esprimersi circa il permanere o meno della comunione coniugale[18], ridotta a paradossale anomalia giuridica[19].

Piuttosto, prevedere un prolungamento degli effetti dell'originaria attribuzione di sesso garantirebbe anche l'identificabilità, la "tracciabilità" della persona, senza un impatto così incisivo sullo *status*, sulle decisioni personali dell'individuo e sulla sua condizione emotiva[20]. In aggiunta, disinnescherebbe il rischio di introdurre limiti e costrizioni in base ad argomentazioni che paiono quasi giustificarsi sulla base di quello che è piuttosto un presupposto, una premessa non messa in discussione, ma assunta quale "postulato"[21]. Verrebbe pure smussato l'eventuale utilizzo di criteri generali e astratti, come ad esempio, pubblico interesse e principi di ordine pubblico, spesso sbrigativamente addotti senza approfondirne il fondamento. Se assunti quale base giuridica per ammettere un'incisione profonda sullo *status* delle persone, nonché la compressione degli interessi di tutti i soggetti coinvolti, oltretutto senza possibilità di modulare gli effetti attraverso soluzioni interpretative intermedie, questi dovrebbero tuttavia non soltanto essere invocati, ma approfonditamente indagati e motivati.

Valorizzando il canone dell'unità familiare, anche il carattere personalissimo dell'iniziativa di divorzio, che viene a scemare a fronte della tesi dello scioglimento automatico e inderogabile nel caso in cui uno dei coniugi cambi sesso, verrebbe tutelato.

Se l'idea di ammettere la produzione di alcuni limitati effetti dell'unione coniugale anche dopo il cambiamento di sesso eviterebbe una compressione sproporzionata dei diritti delle persone coinvolte, è però certo che qualche perplessità potrebbe sorgere dallo "scontro" con il tabù del matrimonio *same-sex*, che appare essere il "convitato di pietra" della questione e con il quale comunque occorre fare i conti.

Fondamentale potrebbe essere la considerazione per cui una sentenza di accoglimento legittimerebbe, sia pure per via indiretta, un matrimonio fra persone dello stesso sesso, questione su cui la giurisprudenza ha mostrato contrarietà anche al prezzo di consentire, per evitarlo, il sacrificio degli interessi di tutti i soggetti interessati[22]. Diversamente, dovrebbe riconoscersi prevalenza, in sede di bilanciamento, all'interesse dello Stato al rispetto delle regole e al permanere del carattere eterosessuale del matri-

---

1980, p. 1513, il cui titolo sembrava riferirsi alla morte della persona transessuale: M. Finocchiaro, *'Ei fu' (qualche osservazione sugli interventi chirurgici cosiddetti demolitori degli organi genitali esterni), ivi*.

17 B. Pezzini, *Frontiere del corpo e limiti del diritto*, cit.

18 V. lo scritto di Barbara Pezzini, in questa *Rivista*. L'autrice parla di «un pesante effetto di interferenza sull'identificazione relazionale entro una relazione affettiva dotata di stabilità».

19 P. Stanzione, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Diritto di Famiglia*, 2009, n. 2, p. 713.

20 A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, cit., p. 156.

21 G. Bonilini, *Rettificazione di attribuzione di sesso, e scioglimento del matrimonio ai sensi dell'art. 31, D.Lgs. n. 150/2011*, cit., p. 12.

22 In termini affini, v. Tribunale dei minorenni di Brescia, 26 settembre 2006, in *Famiglia e minori*, 2007, n. 2, pp. 74 ss. – che ha rifiutato di trascrivere un provvedimento di adozione di un minore emesso (anni prima) da una corte statunitense a favore di due persone dello stesso sesso regolarmente coniugate, sulla base della contrarietà all'ordine pubblico e ai «nostri principi etici e sociali». La motivazione si riferisce al non riconoscimento in Italia del *same-sex marriage*, sebbene la richiesta fosse stata presentata da uno solo dei coniugi. Vedi anche Corte di cassazione 17 marzo 2009, n. 6441, in *Giustizia civile*, 2010, n. 6, I, p. 1483, con cui la Corte Suprema, sulla base della contrarietà all'ordine pubblico, ha negato il riconoscimento del rilascio del permesso di soggiorno "per motivi familiari" ad un cittadino neozelandese partner riconosciuto di un cittadino italiano. Pur nella difformità di casi, sembra potersi tracciare una linea di continuità fra vicende che, sulla base della contrarietà all'ordine pubblico, hanno visto la compressione degli interessi personali e dei diritti costituzionalmente tutelati di tutti i soggetti coinvolti (compreso, nel primo caso, un minore), sulla base del rifiuto di dare una qualche forma di riconoscimento al matrimonio fra persone dello stesso sesso.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

monio[23], che tuttavia andrebbe adeguatamente motivata in quanto causa di compressione dei diritti e delle libertà di *tutti* i soggetti coinvolti.

Un'interpretazione delle argomentazioni giuridiche contenute nella risalente sentenza della Corte costituzionale n. 161/1985 potrebbe orientare in termini profondamente differenti il bilanciamento in una decisione certamente complessa.

La prospettiva del diritto alla salute e la non ammissibilità di una "graduazione" tra il raggiungimento del benessere psico-fisico e il diritto al mantenimento del vincolo coniugale[24] potrebbero suggerire la non legittimità di porre la persona di fronte all'implicita alternativa fra interrompere il proprio percorso di transizione da un sesso all'altro, comprimendo così un elemento fondamentale della propria personalità, o subire il divorzio che automaticamente viene fatto derivare dal cambiamento di sesso[25].

Una riflessione aggiuntiva potrebbe anche chiamare in causa il ruolo degli artt. 8 e 12 Cedu, quali parametri interposti, alla luce dell'intrusione nella vita privata e familiare che la Convenzione tutela, in quanto verrebbe quasi a configurarsi un potenziale impedimento indiretto all'accesso al procedimento di rettifica sulla base dello *status* di coniugati.

È plausibile pensare che, per non dover subire un divorzio *ex lege*, una persona scelga di non intraprendere il percorso di rettificazione e di continuare a vivere in una condizione di disagio dipendente dalla discrasia fra sesso e genere percepito. L'effetto immediato sarebbe la compromissione del proprio benessere psico-fisico a causa dell'ingerenza dello Stato nella vita privata e familiare dei due coniugi che appare di dubbia legittimità costituzionale in un sistema incentrato sul principio personalistico[26].

Da considerare con attenzione sarebbe anche l'effetto di sottrarre ai coniugi i diritti acquisiti con il matrimonio, senza riconoscere, né tutelare le caratteristiche qualificanti dell'istituto quale unione duratura e fonte di condivisione di responsabilità. Si profilerebbe così un potenziale conflitto che vede i coniugi costretti a scegliere tra il godimento di due diritti fondamentali, il diritto al matrimonio, da un lato, e il rispetto dell'identità personale e dell'autodeterminazione del transessuale, nonché del suo benessere in funzione del quale intraprende il percorso di rettificazione, dall'altro[27]. Entrambi sono però dotati di copertura costituzionale e non possono dunque essere gerarchizzati.

In attesa che il giudizio di fronte alla Corte costituzionale sia definito, va peraltro considerato il rilievo che il "caso Bernaroli" potrebbe assumere anche presso la Corte europea dei diritti umani, posta la compressione dei diritti fondamentali di tutte le persone coinvolte che la questione ha messo in evidenza.

23 V. Corte Edu, 28 novembre 2006, *Parry c. Regno unito* e *R. e F. c. Regno unito*, decisioni dichiarate inammissibili; in esse, la Corte evoca il bilanciamento fra la tutela della vita privata (violata dall'obbligo di divorziare o di convertire l'unione in una *civil partnership*) e il legittimo interesse dello Stato a preservare il matrimonio "tradizionale".

24 Infatti, il riferimento comunque operato nelle sentenze alla pronuncia della Corte costituzionale n. 161/1985 appare forse più rivolto al contesto complessivo e a singoli spunti argomentativi che non a una valutazione delle motivazioni giuridiche e delle affermazioni di principio ivi contenute.

25 S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2012, n. 2, p. 174, ritiene invece che questo sia da ricondurre a una scelta, dunque all'autodeterminazione, ricostruendo la vicenda come legittima imposizione del sacrificio di un diritto. V. invece A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, cit., p. 155, che, ben prima del profilarsi del caso descritto, ritenevano che sia il "divorzio di Stato", sia il "costringimento" al bisturi rappresentano dei "presupposti-capestro" per essere riconosciuti nella nuova identità.

26 Ha utilizzato queste argomentazioni, Corte costituzionale della Repubblica federale austriaca (*VerfG*), 8 giugno 2006, n. 17849.

27 Per uno sviluppo di simile posizione, v. la pronuncia della Corte costituzionale della Repubblica federale tedesca (27 maggio 2008, 1 BvL 10/05), su cui v. F. Saitto, *La giurisprudenza tedesca in materia di* eingetragene Lebenspartnerschaft *tra garanzie d'istituto e* Abstandsgebot*. Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011, pp. 1-9; Id., *«Particolare tutela» del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Ianus*, n. 4, pp. 109-137.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

*Francesco Saitto**

Famiglia, rettificazione di sesso e principio di autodeterminazione alla prova dello scioglimento *ex lege* del matrimonio

Sommario

1. Rettificazione di sesso e "divorzio imposto": un inquadramento della questione – 2. "Divorzio imposto" e principio dell'unità familiare – 3. Famiglia come istituzione, paradigma eterosessuale e superamento dell'inesistenza giuridica del matrimonio tra due persone dello stesso sesso – 4. La giurisprudenza tedesca in materia di transessualismo: dignità, identità sessuale e orientamento sessuale – 5. La giurisprudenza Cedu in materia di identità sessuale e "divorzio imposto" – 6. La Corte costituzionale e lo scioglimento *ex lege* del matrimonio del transessuale alla luce di alcune sentenze in materia di famiglia – 7. Osservazioni conclusive

Abstract

Il lavoro esamina vari profili costituzionali connessi con il caso del c.d. "divorzio imposto", previsto dalla L. n. 164 del 1982 come conseguenza della rettificazione legale di sesso di uno dei coniugi, alla luce della recente ordinanza della Corte di cassazione che ha sollevato questione di costituzionalità in proposito. Dopo aver ricostruito i fatti della vicenda e inquadrato la questione sotto un profilo storico, l'articolo esamina le concezioni costituzionali della famiglia che si sono succedute nel tempo e analizza il significato che può ricoprire il c.d. "paradigma eterosessuale" del matrimonio in questo caso. Dopo aver effettuato riferimenti all'esperienza tedesca e alla giurisprudenza della Cedu in materia di transessualismo, la disciplina impugnata viene letta attraverso la lente della giurisprudenza costituzionale in materia di matrimonio e famiglia che sembra escludere la possibilità di ricorrere ad automatismi di vario genere. Infine, il lavoro si conclude con alcune considerazioni su possibili scenari futuri.

This article analyses the case of the so-called "mandatory divorce" as a consequence of the legal rectification of sex, regulated by the Statute no. 164/1982. The Italian Court of Cassation recently asked to the Constitutional Court to decide whether the said Statute is in conformity with the Constitution. After a description of the facts of the case and of the historical background, this article reconstructs the different constitutional conceptions of the family that have been occurred over time and the meaning of the so-called "heterosexual paradigm". The article refers then to the German experience, and analyses the case-law of the European Court of Human Rights concerning transsexuals. Finally, the article examines the case-law of the Italian Constitutional Court on marriage in order to consider whether general principles could be identified as regards the topic discussed. In the conclusions, final considerations and references to possible future scenarios are presented.

* Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università "La Sapienza" di Roma.

GenIUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

1. Rettificazione di sesso e "divorzio imposto": un inquadramento della questione

In questo contributo si analizzerà il caso del c.d. "divorzio imposto" a seguito del procedimento di rettificazione legale del sesso. La problematica è oggetto, peraltro, di una recente ordinanza della Corte di cassazione (6 giugno 2013, n. 14329)[1] che ha sollevato questione di costituzionalità in merito alla legittimità dell'art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164[2]. È tornato così di grande attualità il tema del transessualismo in una circostanza che investe direttamente il c.d. paradigma eterosessuale del matrimonio e in cui le questioni attinenti all'identità di genere sembrano sovrapporsi con quelle concernenti l'orientamento sessuale[3]. È noto, in merito, che la Corte costituzionale abbia affermato che le due situazioni non sono omogenee tra loro (14 aprile 2010, n. 138; 6 maggio 1985, n. 161[4]). E tuttavia proprio l'ordinanza della Cassazione citata ha dimostrato che i due fattori, in particolar modo quando il carattere omosessuale della relazione sopravviene, non possono esser considerati reciprocamente escludentesi[5].

Al di là delle interpretazioni che possono proporsi del tormentato art. 4 della legge n. 164/1982 – poi integrato dalla legge 6 marzo 1987, n. 74 con le modifiche all'art. 3 della legge 1 dicembre 1970, n. 898 –, il legislatore dell'epoca sembrava dare per scontato che il matrimonio non avrebbe avuto prosecuzione. Più che per ragioni assiologiche, detto presupposto sembrava basato, da un lato, sulla ferrea convinzione che il matrimonio avrebbe "naturalmente" cessato di fondarsi su quella unità materiale e spirituale che ne rappresenta condizione: il mutamento di sesso, infatti, avrebbe radicalmente compromesso il vincolo coniugale; e, dall'altro, sulla tranquillizzante stereotipizzazione per cui, una volta ottenuta la rettificazione legale del sesso, il transessuale avrebbe desiderato intrattenere una relazione con una persona del sesso legale a lui opposto. Non che sullo sfondo non vi fosse l'assunto che il matrimonio tra persone dello stesso sesso fosse, come sostenuto dalla Cassazione in più occasioni, inesistente, ma tale circostanza non sembra poter essere caricata del contenuto ideologico-valoriale odierno.

Dopo la sentenza n. 98 del 12 luglio 1979[6], con cui la Corte costituzionale avallò quella giurisprudenza che rifiutava la rettificazione del sesso a persone che avessero proceduto a operazioni medico-chirurgiche per adattare il soma alla psiche[7], nel 1982 intervenne il legislatore. Nel 1985, la Corte costituzionale si pronunciò sulla legge e sul citato art. 4: sollecitata da una ordinanza della Cassazione che rimaneva ancorata a un'idea esclusivamente biologica del sesso, con la richiamata sentenza n. 161 superò il proprio precedente[8], riconducendo il diritto all'identità sessuale nell'alveo dell'art. 2 Cost.[9]. Tuttavia, la Corte in quella pronuncia avrebbe in parte sviato il problema dello scioglimento *ex lege*, considerando la questione non rilevante. Anzi, tradendo una concezione piuttosto stereotipata del transessualismo, la sentenza n. 161 escluse che potesse trovare spazio la permanenza della comunità spirituale tra i coniugi, affermando come «l'ordine naturale della famiglia» non sarebbe stato sconvolto dalla disciplina che consentiva la rettificazione del sesso proprio perché il matrimonio si sarebbe sciolto.

---

1 Le sentenze della Corte di cassazione sono reperibili su www.italgiure.giustizia.it.

2 «La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa 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».

3 Sui temi dell'orientamento sessuale e del transessualismo la letteratura è molto vasta. Cfr. almeno F. Angelini, *Orientamento sessuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. IV, Torino, Utet, 2010, pp. 364 ss.; M. Balboni, *La protezione internazionale in ragione del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Aspetti di diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Torino. Giappichelli, 2012; F. Bilotta, *Transessualismo*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, Agg. VIII, Torino, Utet, 2013, pp. 732 ss.; A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica del transessuale*, Milano, FrancoAngeli, 2013; S. Patti, *Transessualismo*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, vol. XIX, Torino, Utet, 1999, pp. 416 ss.; B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, pp. 461 ss.; P. Stanzione, *Transessualità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 875 ss.

4 Queste e le altre decisioni della Corte costituzionale richiamate sono reperibili all'indirizzo www.cortecostituzionale.it.

5 L. Ferraro, *Transessualismo e costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *Federalismi.it*, 2013.

6 Critico verso questa decisione S. Bartole, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, pp. 1178 ss.

7 Corte di cassazione, 3 aprile 1980, n. 2161. Su questa sentenza, cfr. R. Galbiati, *«Transessualismo» e rettifica dell'atto di nascita*, in *Giurisprudenza italiana*, 1980, n. 2, pp. 1865 ss.

8 Su cui cfr. S. Patti, *Identità sessuale e tutela della persona umana*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1986, pp. 349 ss.

9 Sul confronto tra le due sentenze cfr. R. Romboli, *La "relatività" dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Politica del diritto*, 1991, pp. 565 ss. che vi individua un esempio, in questo ambito, di una certa "relatività" dei valori costituzionali.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Dopo l'intervento legislativo del 1987, l'interesse verso la normativa descritta è stato nuovamente sollecitato con l'adozione del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150. Con ciò, la disciplina ha subito in special modo modifiche in riferimento al procedimento[10]. Inoltre, è stato anche integralmente riscritto l'art. 4: il verbo "provoca" è stato sostituito con "determina", non chiarendo meglio tuttavia come la novella dovesse collegarsi con la riforma del 1987 e se quest'ultima fosse da considerarsi abrogata[11]. Al di là dei dubbi sull'eccesso di delega in merito al decreto legislativo[12], la nuova disciplina non trova applicazione al caso che ha dato luogo alla questione di costituzionalità per motivi di diritto intertemporale. E, tuttavia, pare evidente che la finalità di tale intervento sia rafforzare il divieto che possano sussistere forme giuridiche di unione tra persone dello stesso sesso. In tal senso, è stato sostenuto che la nuova versione rappresenti quasi una interpretazione autentica della precedente[13].

In questo quadro, esclusa la rilevanza delle questioni concernenti il decreto legislativo, la Cassazione, nell'ordinanza n. 14329, ha ritenuto che l'art. 4 della legge del 1982 possa essere interpretato solo nel senso per cui il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione determina automaticamente lo scioglimento del vincolo coniugale anche senza esplicita pronuncia. Proprio tale effetto *ex lege* è oggi al vaglio della Corte costituzionale, perché chiarisca se la disciplina, così interpretata, sia da ritenersi illegittima[14].

I fatti all'origine del caso sono noti. A seguito di una sentenza di rettificazione del sesso i coniugi, che non avevano chiesto il divorzio, si sono trovati di diritto sciolti dal vincolo matrimoniale per effetto di un'annotazione apposta d'ufficio dall'ufficiale di stato civile. Contestata tale attività vittoriosamente in primo grado (Tribunale di Modena, 27 ottobre 2011), la Corte di appello di Bologna sovvertiva il giudizio che veniva poi impugnato davanti alla Corte di cassazione. Questa, considerando impossibile effettuare un'interpretazione conforme a Costituzione, sollevava questione di costituzionalità contestando la legittimità della disciplina non solo in base a una serie di parametri interni (artt. 2, 3, 24, 29 Cost.), ma anche in considerazione di come questi devono essere integrati in relazione a norme e accordi sovranazionali (art. 8 e 12 della Cedu, tramite gli artt. 10 e 117 Cost.). Le questioni sollevate concernono dunque profili diversi. In questo contributo, ci si soffermerà in special modo su quelli aventi ad oggetto l'art. 4 della legge n. 164 del 1982 in relazione agli art. 2 e 29 Cost.

2. "Divorzio imposto" e principio dell'unità familiare

Non vi è dubbio che la questione prospettata "scuota" l'impianto normativo attuale: di fronte al caso in cui i coniugi, a seguito della rettificazione del sesso di uno di loro, vogliano proseguire l'unione di vita, è spiazzata, infatti, una realtà legislativa che dà per scontato che il matrimonio non possa continuare e che il transessuale rispetti il "canone eterosessuale". A questo proposito, tuttavia, la legge del 1982 appare peculiare nella parte in cui, a differenza del caso tedesco (cfr. par. 4), non impone lo *status* di non coniugato come condizione per procedere alla rettificazione, ricollegando in modo non del tutto perspicuo lo scioglimento del pregresso matrimonio al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione. Come accennato, la giurisprudenza, con parte della dottrina, ha ritenuto, sia pur in modo non sempre univoco, che lo scioglimento avvenisse di diritto con la rettificazione, ma comunque previa pronuncia giudizia-

10 B. Pezzini, *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 (a proposito delle modifiche alla legge sul transessualismo attraverso la semplificazione dei riti processuali)*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. II, Napoli, Jovene, 2013, pp. 733 ss.; F. Bilotta, *Transessualismo*, cit., spec. pp. 757 ss.; L. Ferrero, *Transessualismo e costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, cit., spec. pp. 10 ss.

11 Ha sostenuto l'abrogazione G. Bonilini, *Rettificazione di attribuzione di sesso e scioglimento automatico del matrimonio ai sensi dell'art. 31, D.lgs. n. 150/2011*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2011, pp. 805 ss.; *contra* B. Pezzini, *Del sesso, del genere e del "mestiere di vivere"*, cit., p. 747.

12 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, pp. 1076 ss.

13 S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2012, p. 175; di «effetto rafforzativo» parla la Cassazione nell'ordinanza n. 14329/2013.

14 Per dei primi commenti all'ordinanza, cfr. M. Gattuso, *Cassazione: viola la Costituzione imporre il divorzio per il cambio di sesso*, in *www.articolo29.it*, 2013; M. La Torre, *Transessualismo, Omosessualità e Matrimonio*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

le[15]. Vi sono stati anche casi in cui i giudici (Tribunale di Fermo, 28 febbraio 1996[16]) hanno pronunciato il divorzio in assenza di autonoma domanda giudiziale, per quanto su azione di uno dei coniugi nel corso del procedimento di rettificazione[17], e altri in cui hanno proceduto d'ufficio (Tribunale di Modena, 26 maggio 2011). Ma la sentenza della Corte di appello di Bologna pare ancora più audace perché ha ritenuto, come anche la Cassazione nella sua ordinanza, che lo scioglimento del vincolo matrimoniale si verifichi anche in assenza di esplicita pronuncia[18]. I dubbi connessi con tale lettura sono molteplici. Si fa riferimento non solo al dato testuale per cui la rettificazione del sesso è indicata come uno dei motivi per i quali è possibile chiedere il divorzio (art. 3, legge n. 898/1970) – che quindi, nonostante la lettura che ne ha dato la giurisprudenza, potrebbe ben essere inteso come facoltativo –, ma anche alla possibilità che, interpretando lo scioglimento del matrimonio come un "divorzio imposto", si vada a intaccare l'art. 2 Cost. e il matrimonio come tutelato dall'art. 29 Cost. Tutto ciò, al di là del fatto che il divorzio presuppone sempre la volontà di almeno uno dei coniugi di separarsi e che la scelta del legislatore sembra rappresentare pertanto un elemento disomogeneo alle logiche dell'istituto[19].

Si deve rilevare, in particolare, che con lo scioglimento automatico si va ad agire sul permanere dell'unione provocando un palese danno all'unità familiare, tutelata all'art. 29, co. 2, Cost., che nel tempo si è affermata come un vero e proprio «principio autonomo»[20]: d'altronde il principio del *favor familiae* e del *favor matrimoni* nella giurisprudenza della Cassazione torna con grande frequenza (Corte di cassazione, prima sezione, 15 giugno 2012, n. 9844; prima sezione, 20 gennaio 2011, n. 1343; prima sezione, 6 marzo 2003, n. 3339; prima sezione, 2 marzo 1999, n. 1739). In questo senso, persino parte di quella dottrina che vede nell'art. 29 Cost. un limite costituzionale all'apertura dell'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso, fino a negare la possibilità stessa di riconoscerne lo *status* di famiglia[21], si avvede nel caso del "divorzio imposto", di una significativa eccezione, sembrando quasi ammettere che lo scioglimento *ex lege*, nel suo automatismo, finisca per ledere i diritti inviolabili in particolar modo dei soggetti deboli come i figli[22]. Ed è pertanto proprio l'art. 29 Cost. che viene valorizzato, insieme all'art. 2 Cost., dalla Cassazione nell'ordinanza n. 14329[23]. Con queste considerazioni, peraltro, pare coerente quella soluzione prospettata in dottrina che apre alla possibilità di considerare l'unione matrimoniale tra il transessuale e la persona del suo medesimo sesso legale come un'eccezione alla regola del paradigma eterosessuale da tutelare per la sua peculiarità[24].

Alla luce di queste premesse, si deve anche rilevare che il caso in esame si differenzia da quello in cui si chieda di estendere il diritto al matrimonio a chi voglia instaurare un rapporto con una persona del suo stesso sesso[25]. Questa problematica, infatti, incide sul piano dell'atto (meno tutelato). Il divorzio

15 Ricostruisce l'ampio e tortuoso dibattito sul punto, M. Gattuso, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, cit., pp. 1078 ss.

16 Reperibile in *Giurisprudenza italiana*, 1998, pp. 2083 ss.

17 Su cui I. Corti, *Mutamento di sesso e divorzio del transessuale: problemi di ieri e di oggi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, pp. 2083 ss.

18 Cfr. critico M. Gattuso, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, cit., spec. pp. 1084 ss.; sul punto, da ultimo, cfr. A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica del transessuale*, cit., pp. 105 ss.

19 E. Quadri, *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile*, vol. VI, Torino, Utet, 1990, pp. 508 ss.

20 F. Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa "La famiglia davanti ai suoi giudici", in www.gruppodipisa, 2013, p. 21; ma cfr. anche A. Bettetini, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1996, pp. 30 ss., pp. 51 ss.

21 Si fa riferimento a P. Grossi, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, pp. 585 ss.; F. Vari, *Famiglia*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, vol. 6, Milano, Il Sole 24 Ore, 2007, pp. 304 ss.; diversamente F.D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, pp. 510 ss. con il concetto di «arcipelago familiare».

22 A. Ruggeri, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo corte cost. n. 138 del 2010?*, in *www.rivistaaic.it*, 2011, spec. pp. 11 ss.

23 L. Ferraro, *Transessualismo e costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, cit., spec. pp. 19 ss.; in questo senso cfr. anche M. Gattuso, *Cassazione: viola la Costituzione imporre il divorzio per il cambio di sesso*, cit.

24 B. Pezzini, *Del sesso, del genere e del "mestiere di vivere"*, cit., spec. pp. 749 ss.

25 Il dibattito sulla questione è ormai molto ampio. Cfr., da prospettive diverse, I. Massa Pinto, C. Tripodina, *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138/2010*, in *Diritto pubblico*, 2010, pp. 471 ss.; B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La 'società naturale' e i suoi 'nemici'. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2010, pp. 1 ss.; Ead., *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 2715 ss.; A. Pugiotto,

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

ex lege, viceversa, sprigiona i suoi effetti sul rapporto, che sarebbe più protetto[26].

Ciò posto, seguendo le due principali linee di interpretazione offerte della sentenza n. 138/2010, occorre valutare se la disciplina che dispone il divorzio *ex lege*, a seconda che sia ritenuto costituzionalizzato o meno il paradigma eterosessuale del matrimonio, possa trovare un fondamento costituzionale.

3. Famiglia come istituzione, paradigma eterosessuale e superamento dell'inesistenza giuridica del matrimonio tra due persone dello stesso sesso

Sembra a questo punto necessario recuperare brevemente la riflessione sul concetto di famiglia e di matrimonio. Si assiste, infatti, da tempo a un sovvertimento di quell'idea per cui «il matrimonio non può essere considerato come un affare privato degli sposi» che portava ad affermare il principio per cui «lo spirito individualistico va bandito in questa materia»[27]. Questa concezione faceva perno su un'idea di *status* per cui «i singoli rapporti e pretese […] si distinguono […] fondamentalmente dai rapporti e pretese che si riconnettono alla condizione di persona libera»[28]. Secondo questa impostazione, proprio nella famiglia, in cui troverebbe spazio lo *status familiae*, «più duro è il momento del dovere […] sicché molto più ristretto è il campo della libertà e della volontà»[29]. Coerentemente, Cicu ricollegava al matrimonio, tanto da definirlo come *seminarium reipublicae*[30], un interesse superiore perseguito in senso pubblicistico dallo Stato in un disegno in cui l'interesse pubblico della famiglia poteva ben prevalere sull'interesse individuale del singolo membro. Si determinava infatti «un unico interesse superiore al quale le volontà degli sposi deve prestare ossequio»[31]. Di tale ricostruzione, peraltro, era sviluppo la convinzione per cui l'indissolubilità del matrimonio fosse necessaria perché il divorzio «mina alla base l'istituto del matrimonio»[32].

Oggi, però, si possono considerare superate, almeno nelle loro declinazioni più estreme, da un lato, la dimensione istituzionalista che riconduceva il diritto di famiglia al diritto pubblico[33], e, dall'altro, quella giusnaturalista[34]. Pare difatti aver ormai preso piede un'idea in ragione della quale il concetto di

Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio, in *Studi in onore di F. Modugno*, vol. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 2697 ss.; R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco", Nota a Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 1629 ss.; Id., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei "dicta" della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di cassazione*, in *Il Foro italiano*, 2012, pp. 2756 ss.; A. Ruggeri, *"Strane" idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, Comunicazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa "La famiglia davanti ai suoi giudici", in www.gruppodipisa.it, 2013; 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?*, *ivi*.

26 Sul punto cfr. G. Ferrando, *Il Matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni (a cura di), vol. V, t. 1, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 32 ss.; N. Lipari, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, p. 717. La Cassazione ha sancito come «è proprio il matrimonio-rapporto, fondato sulla convivenza dei coniugi, ad avere una incidenza rilevante nell'ordine pubblico italiano» (Corte di cassazione, n. 9844/2012). Cfr. anche la sentenza delle sezioni unite n. 19809 del 18 luglio 2008 dove si legge che è il «matrimonio-rapporto che, come si è detto, nell'ordine pubblico italiano ha una incidenza rilevante, per i principi emergenti dalla costituzione e dalla riforma del diritto di famiglia».

27 A. Cicu, *Lo spirito del diritto familiare,* 1914, in Id., *Scritti Minori,* Milano, Giuffré, 1965, p. 141.

28 Id., *Il concetto di "status"*, 1917, in Id., *Scritti Minori,* cit., p. 195.

29 Id., *ivi,* p. 196.

30 Id., *Matrimonium seminarium reipublicae*, in Id., *Scritti Minori*, cit., pp. 199 ss.

31 Id., *ivi*, p. 222.

32 Id., *Sull'indissolubilità del matrimonio,* 1952, in Id., *Scritti Minori,* cit., p. 237.

33 Cfr. Id., *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Rivista di diritto civile*, 1939, pp. 3 ss.; Id., *Il diritto di famiglia: teoria generale*, 1914, Bologna, Forni, 1978; L. Ferri, *Il diritto di famiglia e la costituzione della Repubblica italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, pp. 112 ss.; *contra* G. Ferrando, *Il Matrimonio*, cit., pp. 175 ss.; T. Mancini, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, pp. 220 ss.; G. Piepoli, *Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, pp. 1433 ss.

34 Su questi profili cfr. M. Bessone, *Art. 29*, in *Commentario alla Costituzione,* G. Branca (a cura di), Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro italiano, 1976, spec. pp. 8 ss.; F. Caggia, A. Zoppini, *Art. 29*, in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

diritti della famiglia viene tendenzialmente declinato in senso più individualistico e, per quanto possibile, coerente con l'art. 2 Cost. e il principio di autodeterminazione[35]. Le interpretazioni più organiciste appaiono, infatti, nel quadro costituzionale, insostenibili nella loro rigidità, se contestualizzate nel percorso di tendenziale «privatizzazione del matrimonio» intrapreso dagli anni Settanta[36]. E ciò non toglie che l'espressione dell'art. 29, co. 1, Cost., pur descritta come un ossimoro[37], rispecchi ancora la complessità derivante dalla inevitabile commistione di elementi di diritto pubblico e privato che continuano a caratterizzare la famiglia.

Alla luce di queste considerazioni, a voler ammettere che il paradigma eterosessuale abbia un rilievo costituzionale, si può sostenere che imporre lo scioglimento come effetto del venir meno della diversità di sesso tra i coniugi si contrapponga ad altri interessi, beni e principi di rilievo costituzionale limitando dei diritti, rappresentando un'eccezione rispetto alla regola[38]. Pertanto, non si può ritenere che lo scioglimento *ex lege* sia da giustificarsi solo sulla base della presunta dimensione istituzional-eterosessuale del matrimonio in assenza di una qualsiasi ponderazione con gli altri principi costituzionali interessati. D'altronde, in materia di diritti inviolabili, la Corte costituzionale (11 luglio 1991, n. 366) ha affermato che non è possibile tollerare «restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante»[39]. Senza dimenticare che, in materia di diritti inviolabili, considerare immutabile il nucleo essenziale di un istituto appare altamente problematico[40]. Non va dunque dato per scontato che la Corte costituzionale, nelle operazioni di bilanciamento, ritenga prevalente il carattere eterosessuale della relazione coniugale.

Non sfugge come il tutto sia reso ancor più intricato dall'assenza nell'ordinamento italiano di una qualsiasi forma di riconoscimento per le unioni tra persone dello stesso sesso. Tale circostanza inevitabilmente pregiudica ogni possibilità per la coppia di continuare a giovarsi di un riconoscimento legale nel caso in cui entrambi i coniugi lo desiderino[41]. E tuttavia, anche questa opzione, da un punto di vista costituzionale, non consente di sciogliere ogni riserva: sembra, infatti, implicare che con la sopravvenuta uguaglianza di sesso tra i coniugi venga meno la protezione *ex* art. 29 Cost. in favore di una tutela meno penetrante offerta alla coppia omosessuale come formazione sociale *ex* art. 2 Cost. (cfr. par. 7).

Diversa pare la situazione, invece, se non si ritiene costituzionalizzato il paradigma eterosessuale. A parte il fatto che la Corte, in questo ambito, ha dato un certo rilievo al trascorrere del tempo e al mutare del dato sociologico[42], se l'interpretazione corretta è quella che ammette che il legislatore possa interve-

---

Olivetti (a cura di), Padova, Cedam, 2006, pp. 601 ss.

35 Da diversi punti di vista, anche in relazione alle trasformazioni ammissibili del concetto di "famiglia", cfr. T. Auletta, *Dai principi costituzionali al "diritto vivente". Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, Relazione di sintesi al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, cit.; P. Barcellona, *Famiglia*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 779 ss.; F. Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, cit., pp. 1 ss.; C. Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 555 ss.; N. Lipari, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, cit., pp. 715 ss.; ma anche G. Ferrando, *Il Matrimonio*, cit., spec. pp. 168 ss.; M. Manetti, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *www.rivistaaic.it*, 2010; M. Pedrazza Gorlero, L. Franco, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Diritto pubblico*, 2010, pp. 247 ss.; V. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012; R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, Giappichelli, 2012, spec. pp. 258 ss.; F. Vari, *Famiglia*, cit., pp. 304 ss.

36 In questo senso, cfr. G. Ferrando, *Il Matrimonio*, cit., p. 27.

37 R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, n. 10, pp. 1066 ss.

38 Id., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 72 ss.; R. Guastini, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, pp. 775 ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, pp. 322 ss.

39 R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 56 ss.; O. Chessa, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 3927 ss.; G. Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 3957 ss. e pp. 3972 ss.

40 A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, *ad vocem*, 1989, spec. pp. 33 ss.

41 F. Bilotta, *Transessualismo*, cit., p. 767.

42 Si fa riferimento al punto dove si legge che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi», per quanto poi si precisi che l'interpretazione, tuttavia, «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata» (*Considerato in diritto* n. 9). Le ordinanze n. 276 del 7 luglio 2010 e n. 4 del 16 dicembre 2011 hanno poi ribadito come sia impossibile per la Corte intervenire «per via ermeneutica». Per una critica delle tecniche argomentative

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

nire per via legislativa, non si rinviene alcun interesse di rango costituzionale che ostacoli il matrimonio tra persone dello stesso sesso. In questa prospettiva, dovrebbe dedursi che non è possibile porre in essere alcun bilanciamento[43]. Potrebbe rafforzare questa interpretazione il fatto che la Corte di cassazione, sulla falsariga della Corte europea dei diritti dell'Uomo nel caso *Schalk e Kopf*[44], ha ritenuto, con la sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012, sovvertendo in tal modo la propria giurisprudenza precedente, che il matrimonio tra persone dello stesso sesso non debba ritenersi inesistente, ma inidoneo a produrre effetti giuridici[45]. Un matrimonio contratto tra persone dello stesso sesso all'estero, dunque, tutelato dagli artt. 8 e 12 Cedu, non può più ritenersi contrario all'ordine pubblico, superandosi con ciò quella concezione per cui «l'identità di sesso non è ammissibile nel matrimonio […] perché l'unione omosessuale stabile è in contrasto con il concetto dominante di buon costume»[46]. Ancora più in là si è spinto il Tribunale di Reggio Emilia nel 2012 garantendo il ricongiungimento familiare in un matrimonio tra due persone dello stesso sesso contratto in Spagna in cui uno dei due fosse extracomunitario con una presa di posizione ribadita di recente dal Tribunale di Pescara in modo ancora più perspicuo[47].

4. La giurisprudenza tedesca in materia di transessualismo: dignità, identità sessuale e orientamento sessuale

In prospettiva comparata, pare opportuno richiamare, in primo luogo, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco che ha ampiamente tematizzato il diritto all'identità sessuale[48]. Delle molteplici pronunce in materia, paiono particolarmente rilevanti tre ordinanze che, a partire dal 2005, hanno di fatto riscritto il *TranssexuellenGesetz* (legge sul transessualismo, d'ora in poi *TSG*). Nel tempo questa giurisprudenza ha aperto a una concezione avanzata del diritto all'identità sessuale incidendo in parte sul contenuto della garanzia di istituto (art. 6 GG) che protegge il matrimonio[49] come l'unione tra un uomo e una donna[50].

In particolare, il *BVerfG*, sin dalla pronuncia con cui ha ritenuto di non riconoscere in via ermeneutica il diritto di sposarsi anche a chi avesse voluto unirsi con una persona del suo stesso sesso, non ha mai del tutto escluso la possibilità che mutamenti sociali potessero portare a rivedere quell'impostazione per cui il nucleo essenziale del matrimonio consisterebbe nella differenza di sesso tra i coniugi[51]. Anzi,

usate nella sentenza n. 138/2010 cfr. I. Massa Pinto, C. Tripodina, *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*, cit., pp. 471 ss.

43 M. Luciani, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Diritto e società*, 2009, pp. 20 ss.

44 Corte Edu, 24 giugno 2010. Questa e le altre sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo richiamate sono reperibili all'indirizzo www.echr.coe.int. I commenti sono ormai molti, cfr. almeno G. Repetto, *«Non perdere il proprio mondo». Argomenti dei giudici e matrimonio «same-sex», tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, pp. 525 ss.; R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, cit., pp. 205 ss.

45 B. Pezzini, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2012; F. Angelini, *La Corte di cassazione su unioni e matrimoni omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, pp. 1520 ss.; R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, cit., pp. 235 ss.

46 F. Finocchiaro, *Matrimonio (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, Milano, Giuffrè, 1975, p. 811.

47 G. Genova, *Anche il coniuge dello stesso sesso del cittadino comunitario ha diritto di stabilirsi in Italia ai sensi del t.u. sulla circolazione e sul soggiorno dei cittadini dell'U.E.*, in *www.articolo29.it*, 2013.

48 L. Adamietz, *Geschlecht als Erwartung. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientirung und der Geschlachtsidentität*, Baden Baden, Nomos, 2011.

49 F. Saitto, *"Particolare tutela" del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Ianus*, 2011, pp. 109 ss.

50 *Ex multis* cfr. *BVerfGE* 6, 55; *BVerfG*, 1 BvR 640/93; 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01. Queste, e le altre decisioni del Tribunale costituzionale federale tedesco, sono reperibili all'indirizzo www.bverfg.de.

51 *BVerfG*, 1 BvR 640/93: sul punto cfr. il dibattito tra W. Pauly, *Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, pp. 1955 ss. e S. Ott, *Die Begriffe "Ehe und Familie" in Art. 6I GG*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, pp. 117 ss.: il primo riteneva costituzionalizzata la differenza di sesso, il secondo negava tale assunto. Di un certo interesse, in proposito, sembra il fatto che nell'ultima *Tagung* della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* i costituzionalisti si siano confrontati anche sul tema *Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?*. Cfr. gli schemi dei due interventi al sito www.vdstrl.de/letzte-tagung/ e le considerazioni di U. Sacksofsky, *Das Märchen vom Untergang der Familie*, in *Merkur*, 2014, pp. 143

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

proprio nella giurisprudenza in materia di transessualismo, il giudice costituzionale ha più volte sottolineato che è molto mutata la sensibilità sociale sul punto. Nonostante ciò, la giurisprudenza più recente in materia di unioni civili (*Lebenspartnerschaft*) preferisce valorizzare il principio di non discriminazione *ex* art. 3 *GG* e propende per un'estensione mediata per via giurisprudenziale delle tutele previste per i coniugi ai *partner*. Si può dubitare, però, che, se il legislatore intervenisse aprendo il matrimonio a tutti, il *BVerfG* andrebbe a dichiarare incostituzionale la nuova disciplina per contrasto con la sua dimensione istituzionale anche in ragione del fatto che la tendenza delle più recenti decisioni sembra condurre l'impianto legislativo verso una differenza solo nominalistica tra i due istituti[52].

In questo scenario, vanno inquadrate le tre pronunce richiamate in materia di transessualismo. La disciplina che regola la rettificazione del sesso, introdotta con l'approvazione del *TSG* su impulso del Tribunale costituzionale (*BVerfGE* 49, 286), era molto analitica e prevedeva oneri e condizioni dettagliate, ruotando intorno alla distinzione tra "piccola" e "grande soluzione"[53]. Sotto la lente del Tribunale costituzionale, l'impianto normativo è molto cambiato: il *BVerfG* ha sostanzialmente equiparato, infatti, "grande" e "piccola soluzione"[54] e ha riconosciuto, almeno per parte della dottrina, un diritto pieno all'identità sessuale[55], indipendentemente dalla conformazione fisica della persona[56].

Nella pronuncia del 2005 (*BVerfG*, 1 BvL 3/03), il Tribunale costituzionale ha dichiarato in contrasto con il *Grundgesetz* quella norma del *TSG* che imponeva al transessuale che si fosse limitato ad accedere alla "piccola soluzione" di cambiare nuovamente nome nel caso in cui avesse deciso di sposarsi[57]. In questa occasione, il Tribunale costituzionale, nel declinare il diritto ad una piena *Selbstbestimmung der Geschlechtsidentität* (autodeterminazione dell'identità sessuale) e dopo aver criticato la scelta legislativa plasmata sull'idea della necessaria eterosessualità del transessuale, ha stabilito che la norma nella parte in cui incideva sul diritto al nome del transessuale e sulla sua *Intimsphäre*, impedendo al transessuale omosessuale di contrarre un'unione civile, era da considerarsi incostituzionale: finché non fosse stata prevista una soluzione legislativa alternativa, pertanto, avrebbe dovuto considerarsi inapplicabile[58]. Si dava così, senza la perdita della nuova identità, la possibilità al transessuale omosessuale che non avesse rettificato legalmente il proprio sesso di contrarre matrimonio con una persona del suo stesso genere. Il Tribunale riconosceva l'esistenza di un interesse pubblico, basato sulla dimensione istituzionale del matrimonio, nella volontà di evitare che si potesse dare l'impressione dell'esistenza di un matrimonio tra due persone del medesimo sesso in virtù della particolare protezione costituzionale dell'istituto e pertanto ammetteva diverse possibili soluzioni legislative. Tuttavia, questo interesse andava bilanciato con i diritti fondamentali del transessuale incastonati negli artt. 2 e 1 *GG* e, in particolare, con la necessità di garantire che il diritto al nome, che rappresenta la pietra angolare dell'identità del singolo ed è «espressione della sua identità sessuale»[59], non venisse leso. Si è sancito così che la "piccola soluzione" non andasse considerata solo come un momento di transizione verso la "grande", ma come un modello autonomo di affermazione della personalità[60]. Inoltre, per quanto apparentemente non rilevasse il dirit-

ss., disponibile anche all'indirizzo www.klett-cotta.de/media/14/mr_2014_02_0143-0149_Ute_Sacksofsky_Untergang_Familie.pdf

52 E*x multis BVerfG*, 1 BvR 1164/07; 1 BvR 611/07; 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06; 2 BvR 288/07.

53 La "piccola soluzione" consentiva, senza particolari oneri come l'operazione chirurgica o l'infertilità, la possibilità di assumere un nome corrispondente al proprio genere senza però poter cambiare legalmente il proprio sesso. Cfr. sul punto S. Patti, *La giurisprudenza italiana e… l'Europa*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1981, pp. 1224 ss.; G.A. Knott, *Transsexual law uncostitutional: German federal law constitutional court demands reformation of law because of fundamental rights conflict*, in *54 Saint Louis University Law Journal*, 2009-2010, pp. 997 ss.; L. Adamietz, *Geschlecht als Erwartung. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientirung und der Geschlachtsidentität*, cit., spec. pp. 129 ss.; L. Ferraro, *Transessualismo e costituzione*, cit., pp. 24 ss.

54 S. Wielpütz, *Die neue große Lösung ist vor allem eins: klein. Die Reform des TSG durch das BVerfG*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2011, pp. 474 ss.

55 B. Schmidt am Busch, *Intersexualität und staatliche Schutzpflichten bei geschlechtszuweisenden Operationen*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 2012, pp. 441 ss.

56 R. Steinke, *Gerichte schauen nicht mehr auf Genitalien. Anmerkungen zur achten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Transsexualität*, in *Kritische Justiz*, 2011, pp. 313 ss.

57 L. Adamietz, *Transgender ante portas? Anmerkungen zur fünften Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Transsexualität*, in *Kritische Justiz*, 2006, pp. 368 ss.; M. Grünberger, *Anmerkung*, in *Juristen Zeitung*, 2006, pp. 517 ss.

58 L. Adamietz, *Transgender ante portas? Anmerkungen zur fünften Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Transsexualität*, cit., pp. 368 ss.

59 Ead., *ivi*, p. 374.

60 M. Grünberger, *Anmerkung*, cit., pp. 517 ss.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

to alla libertà del proprio orientamento sessuale, è stato sottolineato come fosse proprio l'omosessualità come condizione di vita (*Lebensweise*) che iniziava ad essere presa in considerazione in quanto pertinente ai diritti fondamentali (*grundrechtsrelevant*). Ciò pare avvalorato dal fatto che il transessuale non operato avrebbe potuto contrarre matrimonio perdendo il nome o una unione civile con una persona del suo stesso sesso legale senza perdere il nome (la clausola in tal caso non era prevista), ma non un matrimonio con una persona del sesso legale opposto senza perdere il nome[61].

Nella pronuncia del 2008 (*BVerfG*, 1 BvL 10/05), il *BVerfG* si è poi trovato ad esaminare la costituzionalità dell'art. 8 del *TSG* nella parte in cui prevedeva che la persona non potesse essere sposata per poter ottenere la rettificazione legale del sesso[62]. Il Tribunale era chiamato pertanto a decidere in che misura il diritto fondamentale alla propria identità sessuale, che afferisce alla più intima sfera di vita (*Lebenssphäre*) dell'individuo, potesse essere limitato per motivi di stringente interesse pubblico meritevoli di protezione[63].

All'esito di un complesso sindacato, la disciplina che di fatto imponeva il divorzio come onere per ottenere la rettificazione è stata dichiarata incostituzionale sulla base di un'interpretazione del principio di dignità umana e del diritto al libero sviluppo della propria personalità attenta al principio di autodeterminazione individuale[64]. Il Tribunale ha offerto un *vademecum* al legislatore delineando varie possibilità, tra cui quella di introdurre un istituto *ad hoc* per le unioni dei transessuali, con una decisione che è poi sfociata in una declaratoria di incostituzionalità che ha aperto alla persistenza di unioni matrimoniali tra persone dello stesso sesso legale. Pare invero di particolare interesse che il Tribunale abbia rilevato che non fosse ammissibile, per quanto esistesse l'istituto delle unioni civili, imporre il divorzio perché, in concreto, tale esito avrebbe rappresentato una violazione dell'art. 6 *GG* cagionando la lesione del diritto dell'altro coniuge a rimanere sposato e pregiudicando la particolare tutela che il *Grundgesetz* impone a difesa del matrimonio e la *Verantwortungsgemeinschaft* (comunità di responsabilità) che ne scaturisce[65]. È stato sottolineato, peraltro, come una eventuale unione civile, a seguito dello scioglimento del vincolo matrimoniale, non garantirebbe il medesimo *standard* di diritti e che pertanto eliminare la soluzione di continuità potrebbe non essere sufficiente[66].

Nell'ordinanza del 2011 (*BVerfG*, 1 BvR 3295/07), infine, si è arrivati di fatto al superamento della dicotomia tra "piccola" e "grande soluzione". Di un certo interesse sembra, in questa pronuncia, la citazione di un precedente della Corte costituzionale austriaca (B 1973/08-13)[67]. Nel caso in esame a un transessuale con tendenza omosessuale era stato impedito di contrarre un'unione civile perché aveva optato per la "piccola soluzione". Il Tribunale si è trovato così a dover risolvere un cortocircuito giuridico: a seguito della sentenza del 2005, la donna aveva potuto infatti sposarsi; l'impossibilità di contrarre un'unione civile era conseguenza del fatto che, non avendo dato corso alla "grande soluzione", non aveva rettificato legalmente il proprio sesso. La ricorrente denunciava così la violazione della sua dignità in combinato disposto con il suo diritto al libero sviluppo della personalità e all'integrità fisica perché, essendo omosessuale, voleva contrarre l'istituto previsto per le relazioni tra persone dello stesso sesso. Di fronte a un caso tanto particolare, il Tribunale, nonostante il fatto che il transessuale aveva potuto regolarmente sposarsi, ha ritenuto lesi i diritti della ricorrente (artt. 1 e 2 GG) e ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 8 *TSG* nella parte in cui imponeva l'infertilità e l'intervento chirurgico come condizioni per ottenere la rettificazione di sesso. Come già nel 2005, sembra tornare *grundrechtsrelevant* il tema dell'omosessualità.

Al di là delle ricadute sul paradigma eterosessuale[68], questo itinerario segna una decisa accelerazione del Tribunale costituzionale verso la dimensione individualistica del matrimonio e dell'identità di genere. Quest'ultima viene, infatti, rimessa quasi interamente alla scelta e alle aspettative del singolo pur in assenza di alcun intervento esteriore, mentre l'interesse a difendere la dimensione istituzionale del matrimonio, pur costituzionalmente protetta, non è in grado di prevalere sul principio di dignità congiunto con l'art. 2 GG. Tale esito peraltro sembra ridimensionare quelle critiche risalenti a

61 Id., *ivi*, p. 518.

62 G.A. Knott, *Transsexual law unconstitutional*, cit., pp. 997 ss.; S. Stüber, *Anmerkung*, in *Juristen Zeitung*, 2009, pp. 49 ss.

63 S. Stüber, *Anmerkung*, cit., p. 50.

64 Su cui cfr. G. Resta, *La dignità*, in, *Trattato di Biodiritto. Ambiti e Fonti del Biodiritto*, S. Rodotà et al. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2010, pp. 259 ss.; P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il principio "libertà" nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 77 ss.

65 S. Stüber, *Anmerkung*, cit., p. 50.

66 Id., *ivi*, p. 51.

67 Le sentenze della Corte costituzionale austriaca sono disponibili al sito www.vfgh.gv.at/.

68 R. Steinke, *Gerichte schauen nicht mehr auf Genitalien.* cit., p. 319.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Baer[69], recentemente rievocate, per cui la dignità, a differenza dell'uguaglianza declinata come principio di non discriminazione, non garantirebbe un pieno «potenziale di emancipazione» (*emanzipatorisches Potenzial*)[70].

Resta molto significativo il richiamo nel 2008 all'unione dei coniugi come *Verantwortungsgemeinschaft* (comunità di responsabilità) che, per quanto possa nel futuro essere tutelata dal legislatore anche attraverso un istituto diverso dal matrimonio che ne garantisca la continuità, sembra così sostanzialmente delinearsi come il vero nucleo del rapporto matrimoniale tanto da poter prevalere anche sulla diversità di sesso dei coniugi.

5. La giurisprudenza Cedu in materia di identità sessuale e "divorzio imposto"

L'itinerario seguito dalla Cedu in materia di transessualismo è stato meno lineare di quello del Tribunale tedesco, ma ha comunque consentito un'estensione dei diritti riconosciuti ai transessuali instaurando peraltro un virtuoso e reciproco scambio con la Corte di giustizia dell'Unione europea come emerge dell'analisi dei casi in cui quest'ultima si è trovata ad occuparsi del transessualismo[71].

Piuttosto numerose già a partire dagli anni Ottanta e Novanta[72], le pronunce della Corte europea dei diritti dell'Uomo consentono di individuare un punto di flesso. Con l'eccezione del caso *B. c. Francia*, infatti, solo a partire dal 2002, con i casi contro il Regno unito *Goodwin* (Corte Edu, 11 luglio 2002) e *I.* (Corte Edu, 11 luglio 2002), sulla base degli art. 8 e 12 Cedu, la Corte ha riconosciuto una tutela sempre più completa per i transessuali[73].

Tra le decisioni della Corte Edu, spiccano però tre pronunce che hanno avuto ad oggetto quelle norme che, in due diversi Paesi, imponevano il divorzio come condizione per la rettificazione di sesso. Due di questi casi sono del 2006 contro il Regno unito. L'ultima sentenza, *H. c. Finlandia*, è del 2012 e contro di essa pende un ricorso davanti alla Grande Camera. I casi, per quanto abbiano visto soccombenti le parti attrici, paiono disegnare un innalzamento della tutela rispetto all'attuale quadro normativo italiano. In particolare nelle prime due decisioni del 2006[74], la Corte europea era chiamata a decidere se violassero gli artt. 8 e 12 quelle norme che imponevano il divorzio per ottenere il pieno riconoscimento legale del nuovo sesso nel caso in cui i due coniugi avessero voluto restare uniti in matrimonio. Per quanto, come detto, la Cedu abbia dichiarato inammissibili i ricorsi, ribadendo l'ampia discrezionalità rimessa circa la definizione di matrimonio agli Stati, va sottolineato come nella motivazione si sia tenuto conto, pur fugacemente, del fatto che le parti avrebbero potuto contrarre una unione civile che avrebbe garantito ai coniugi la possibilità di continuare la loro relazione[75].

Nella decisione del 2012 *H. c. Finlandia*, la Corte sembra mostrare una consapevolezza maggiore. In

69 S. Baer, *Würde oder Gleichheit?: zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Rechtgegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belastigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA*, Baden-Baden, Nomos, 1995.

70 Così L. Adamietz, *Geschlecht als Erwartung*, cit., p. 263.

71 Cfr. Corte di giustizia Ue, 30 aprile 1996, C-13/94, *P. v. S. e Cornwall County Council*; Ead., 7 gennaio 2004, C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health*; Ead., 27 aprile 2006, C-423/04, *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*. Queste, e le altre decisioni della Corte di giustizia Ue richiamate, sono reperibili all'indirizzo www.curia.eu. Su questa giurisprudenza cfr. F. Bilotta, *Transessualismo*, cit., pp. 753 ss.; E. Crivelli, *I transessuali e il diritto europeo*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, M. Cartabia (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 331 ss.; G. Repetto, *I diritti all'identità sessuale e il ruolo della morale pubblica*, in *Diritti fondamentali europei*, A. Vespaziani (a cura di), Torino, Giappichelli, 2009, pp. 91 ss.; L. Trucco, *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, pp. 371 ss.

72 Corte Edu, 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno unito*; Ead., 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno unito*; Ead., 25 marzo 1992, *B. c. Francia*; Ead., 22 aprile 1997, *X, Y e Z c. Regno unito*; Ead., 30 luglio 1998, *Sheffield e Horsham c. Regno unito*.

73 Ead., 12 settembre 2003, *van Kück c. Germania*; Ead., 23 agosto 2006, *Grant c. Regno unito*; Ead., 31 marzo 2008, *L. c. Lituania*; Ead., 8 gennaio 2009, *Schlumpf c. Svizzera*; Ead., 30 novembre 2010, *P.V. c. Spagna*; e, recentemente, 6 settembre 2011, *P. v. Portogallo*. Su questa giurisprudenza cfr. anche A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica del transessuale*, cit., pp. 182 ss.

74 Ead., 28 novembre 2006, *Parry c. Regno unito*, e 28 novembre 2006, *R. e F. c. Regno unito*.

75 «*In the present case, the Court notes that the requirement that the applicants annul their marriage flows from the position in English law that only persons of the opposite gender may marry; same-sex marriages are not permitted. Nonetheless, it is apparent that the applicants may continue their relationship in all its current essentials and may also give it a legal status akin, if not identical to marriage, through a civil partnership which carries with it almost all the same legal rights and obligations*»: Corte Edu, 28 novembre 2006, *Parry c. Regno unito*, par. II-B.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

questa pronuncia, infatti, viene confermato il principio in ragione del quale resta nella discrezionalità del singolo ordinamento garantire il paradigma eterosessuale del matrimonio non potendo l'art. 12 Cedu essere interpretato nel senso di imporre l'obbligo di garantire il diritto a sposarsi con chiunque. Spingendosi oltre i due casi del 2006, però, pur nel ritenere conforme a Convenzione la normativa finlandese, la Corte ha riconosciuto un peso significativo al fatto che la legge disponga, come condizione per una piena rettificazione, la possibilità, alternativa al divorzio e senza soluzione di continuità, di veder trasmigrare l'unione matrimoniale nella forma stabile di vincolo previsto giuridicamente per le persone dello stesso sesso.

Se il Tribunale tedesco aveva aperto alla possibilità che il legislatore intervenisse introducendo anche un terzo *genus* di legame purché, senza soluzione di continuità, una qualche forma di unione fosse garantita (*eine gesicherte Union*), per poi sancire però l'incostituzionalità di quella normativa che imponeva il divorzio, la Corte Edu, per quanto paia più cauta, sembra seguire un ragionamento simile. Particolarmente interessante, in questa prospettiva, appare non tanto il passo in cui la Corte riconosce l'interesse dello Stato a difendere il paradigma eterosessuale del matrimonio[76], sebbene sia in atto sul punto un netto sviluppo che sembra aprire l'istituto matrimoniale (par. 49); quanto il fatto che la Corte affermi, nel concludere che non sia rinvenibile la violazione dell'art. 8 Cedu, che la scelta sulla prosecuzione dell'unione legale, sia pur nella forma dell'unione civile, «*is a real option which provides legal protection for same-sex couples which is almost identical to that of marriage*» (par. 50). Pare possibile interpretare come una specificazione delle sentenze del 2006 il fatto che la Corte Edu non si limiti a valutare che la condizione che garantisce l'unione tra persone dello stesso sesso riconosca quasi i medesimi diritti (per quanto la tutela sia solo «*almost identical*»). Sembra essere valorizzata, infatti, la circostanza che non sia prevista alcuna soluzione di continuità al legame giuridico dei coniugi[77].

Lette in controluce, le sentenze richiamate sembrano implicare che una corretta interpretazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare osti a una normativa nazionale che preveda il divorzio come condizione per la rettificazione di sesso non permettendo che l'unione possa proseguire, senza discontinuità, in altre forme che garantiscano una tutela sostanzialmente equivalente dei diritti dei coniugi. Se questa interpretazione è corretta, alla luce delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 22 ottobre 2007 e n. 311 del 16 novembre 2009 e n. 317 del 30 novembre 2009 e del principio per cui «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie» (sentenza n. 317/2009), il "divorzio imposto", in assenza di una normativa che consenta la prosecuzione in altre forme dell'unione, pare in contrasto con la Convenzione e, di conseguenza, con la Costituzione. Si può rilevare, tuttavia, che, nonostante le criticità rilevate, la garanzia offerta dalla Cedu sembra riconoscere al legislatore quella discrezionalità nel disciplinare la materia che, nella sentenza n. 138/2010, ha portato la Corte costituzionale a una sentenza di inammissibilità in relazione al parametro degli artt. 2 e 117, co. 1, Cost.[78].

Da ultimo, si può anche ipotizzare che la Corte ritenga che il diritto a rimanere sposati di due persone ormai dello stesso sesso possa cedere nel bilanciamento con altri "principi, diritti e beni di diritto costituzionale" (Corte costituzionale, 19 novembre 2012, n. 264) nell'ambito di una valutazione «sistematica» e non «parcellizzata» della tutela[79] alla luce delle ripercussioni di un'eventuale sentenza di accoglimento[80] che andrebbe a impattare sulla rigidità del paradigma eterosessuale del matrimonio (cfr. però, sul problema del bilanciamento, il par. 3).

76 Cfr. par. 48: «*The Court considers that in the present case there are two competing rights which need to be balanced against each other, namely the applicant's right to respect for her private life by obtaining a new female identity number and the State's interest to maintain the traditional institution of marriage intact*».

77 Cfr. par. 50: «*The Court considers that the applicant has a real possibility to change that state of affairs: her marriage can be turned at any time, ex lege, into a civil partnership with the consent of her spouse*».

78 Critici verso le diverse forme di tutela dell'«inerzia» del legislatore, però, G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, spec. pp. 387 ss. e pp. 399 ss.

79 C. Pinelli, *"Valutazione sistematica" versus "valutazione parcellizzata": un paragone con la Corte di Strasburgo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, pp. 4228 ss.

80 F. Bilancia, *Leggi retroattive nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, spec. pp. 4241 ss.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

6. La Corte costituzionale e lo scioglimento *ex lege* del matrimonio del transessuale alla luce di alcune sentenze in materia di famiglia

Il caso sottoposto alla Corte costituzionale è simile a quelli decisi con le pronunce riportate, cui va aggiunta una decisione della Corte costituzionale austriaca che, anche se per ragioni prevalentemente formali, ha dichiarato incostituzionale la soluzione del "divorzio imposto" (V 4/06-7). È diversa la situazione, invece, in quei Paesi come Spagna, Francia, Regno Unito, in cui il matrimonio è ormai aperto alle coppie dello stesso sesso[81].

Dopo aver valutato i profili di criticità che solleva l'analisi della giurisprudenza Cedu, può essere utile volgere lo sguardo però ad alcune sentenze della Corte costituzionale italiana in materia di famiglia per cercare di estrapolarne alcune considerazioni di principio. Da esse, infatti, si può in primo luogo desumere che la libertà di sposarsi sia da ritenersi un diritto fondamentale (*ex multis* Corte costituzionale, 24 ottobre 2002, n. 445, e 20 luglio 2011, n. 245) che non può essere irragionevolmente limitato, sia pur nell'ambito di una certa discrezionalità che resta in capo al legislatore in merito alla definizione dell'istituto e ai presupposti per accedervi (Corte costituzionale, n. 138/2010)[82]. Ciò posto, se si muove dalla premessa per cui la Costituzione tutela più intensamente il "rapporto" rispetto all' "atto", si giunge *a fortiori* a ritenere che sia un diritto costituzionale anche quello a rimanere sposati.

In quest'ottica, ai fini del tema di interesse, la sentenza n. 245/2011 della Corte costituzionale pare suggestiva perché, nel dichiarare l'incostituzionalità della disciplina che limitava il diritto di matrimonio per l'immigrato irregolare, ha affermato che tale restrizione avrebbe comportato «una compressione del corrispondente diritto del cittadino o della cittadina italiana che tale diritto intende esercitare» e che il legislatore nel suo «bilanciamento tra i vari interessi di rilievo costituzionale coinvolti deve necessariamente tenere anche conto della posizione giuridica di chi intende, del tutto legittimamente, contrarre matrimonio con lo straniero». Nell'ordinanza n. 252 del 20 luglio 2011, poi, si legge ancor più chiaramente che l'«esercizio del […] diritto di contrarre matrimonio, trattandosi di diritto fondamentale dell'individuo, non solo del cittadino […], potrebbe subire limitazioni solo a salvaguardia dell'unità familiare o dell'ordine pubblico ai sensi dell'art. 29 Cost.». Da questa giurisprudenza, posto che il limite dell'ordine pubblico non rileva più in questo contesto (Corte di cassazione, n. 4184/2012 e n. 14329/2013) e che la salvaguardia dell'unità familiare è di per sé in contrasto con lo scioglimento *ex lege*, si può desumere che vi sia una presunzione di incostituzionalità a maggior ragione per quelle discipline i cui effetti lesivi ricadano d'autorità sull'altro coniuge in costanza di matrimonio.

Tale assunto pare confermato dalla più recente giurisprudenza in materia di immigrazione e matrimonio che offre anche altri riferimenti utili. Nella sentenza n. 202 del 3 luglio 2013, infatti, la Corte è risoluta nell'affermare che sono incostituzionali, in caso di persona coniugata con figli, quegli automatismi che dispongano il rimpatrio senza una «attenta ponderazione della pericolosità concreta e attuale dello straniero condannato» anche in ragione del coinvolgimento incolpevole degli altri componenti della famiglia ribadendo, sul punto, che non è possibile ricorrere «in forma generalizzata e automatica a presunzioni di pericolosità assolute, stabilite con legge, e ad automatismi procedurali». E allora, posto così un divieto, un matrimonio difficilmente può sciogliersi in ragione di un automatismo andando a pregiudicare non solo il principio dell'unità familiare e i diritti del transessuale, ma anche quelli dell'altro coniuge e dei figli.

A sostegno della tesi per cui la norma che impone il divorzio *ex lege* pare del tutto disarmonica con i principi costituzionali in materia di famiglia e matrimonio, può essere portata anche la più risalente giurisprudenza della Corte costituzionale sul divorzio. Nella sentenza n. 181 del 14 luglio 1976, infatti, la Corte ebbe ad affermare che «la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio è una realtà sociale e giuridica che presuppone, richiede e comporta che tra i soggetti che ne costituiscono il nucleo essenziale, e cioè tra i coniugi, esista e permanga la più volte ricordata comunione spirituale e materiale» chiosando poi con l'affermazione per cui «l'unità familiare viene a costituire il fine e il segno di tendenza di un comportamento che di quella comunione sia l'espressione». Secondo la Corte, dunque, non si può ritenere che la disciplina del divorzio sia incostituzionale perché è sempre previsto che un giudice «accerti la cessazione e la non ricostituibilità della comunione spirituale e materiale». In definitiva, il divorzio così regolato non solo non rappresenta una violazione dei principi di cui all'art. 29 Cost., ma anzi ne costituirebbe «specifica e giustificata applicazione». Da ciò si può estrapolare nuovamente l'idea che un divorzio in automatico, senza l'intervento del giudice, sarebbe da considerarsi di per sé

81 Cfr. sul punto F. Bilotta, *Transessualismo*, cit., spec. pp. 739 ss.; L. Ferraro, *Transessualismo e costituzione*, cit., spec. pp. 29 ss.; S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, cit., spec. pp. 180 ss.

82 A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., pp. 122 ss. e pp. 313 ss.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

incompatibile con i principi costituzionali. Tale affermazione vale indipendentemente dal considerare "impreciso" il richiamo alla disciplina del divorzio per lo scioglimento *ex lege* del vincolo coniugale ed è ispirata al principio costituzionale per cui il matrimonio è un'unione stabile la cui sussistenza è rimessa, una volta istituita secondo le regole previste dalla legge, esclusivamente alla permanenza della comunione materiale e spirituale tra i coniugi.

Nel delineare il quadro nel suo complesso, pare opportuno, da ultimo, richiamare anche la celebre sentenza in materia di figli incestuosi (Corte costituzionale, 20 novembre 2002, n. 494) in cui la Corte affermò che la finalità di tutela della tranquillità della famiglia non può giustificare una previsione legislativa che imponga l'impossibilità di agire per farsi riconoscere come figli naturali. In una prospettiva in cui sia necessario un bilanciamento, analogamente, tra l'interesse a tutelare il paradigma eterosessuale e l'interesse dei coniugi a rimanere sposati, si potrebbe ritenere incostituzionale una norma che, per garantire l'interesse pubblico alla conservazione dinamica della diversità di sesso nel matrimonio, inteso come declinazione odierna del principio di tranquillità familiare, vada a pregiudicare i diritti dei membri della famiglia con un atto di imperio esterno che provochi un effetto irrimediabile. Il caso del transessuale coniugato rientra, peraltro, senza dubbio nell'ambito di quell' "incerto del mestiere del vivere" che la Corte richiamava nel 2002.

Da quanto detto, si trae conferma del fatto che la giurisprudenza costituzionale tiene in notevole considerazione il rapporto matrimoniale e la comunione materiale e spirituale che ne scaturisce la cui tutela, quindi, come avvenuto in Germania, potrebbe ben rappresentare una ragione per derogare al paradigma eterosessuale anche qualora lo si ritenesse costituzionalizzato (cfr. par. 3). Queste considerazioni, peraltro, non sembrano in contrasto, da un lato, con una giurisprudenza in cui la Corte costituzionale, sin dalla ormai lontana pronuncia del 1985, ha affermato che la legislazione in materia di transessualismo «si colloca […] nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana»; e, dall'altro, con quelle sentenze più recenti che, ritenendo che non fosse possibile per via ermeneutica incidere sul paradigma eterosessuale del matrimonio, per quanto esso sia ormai «incrinato»[83], hanno riconosciuto il rilievo costituzionale *ex* art. 2 Cost. di unioni fondate su una «stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso» (Corte costituzionale, n. 138/2010).

7. Osservazioni conclusive

L'esperienza tedesca e i casi sottoposti alla Cedu, per quanto simili, si differenziano in parte dalla realtà italiana perché il *TSG* e le altre norme richiamate imponevano un onere per poter esercitare pienamente il diritto ad una piena rettificazione legale del sesso. Non sfugge, però, come in Italia ricollegare l'effetto dello scioglimento all'esercizio del diritto è allo stesso modo espressione di un presunto interesse pubblico volto a conservare intatto il paradigma eterosessuale del matrimonio: indipendente dalla volontà del soggetto, lo scioglimento opera nel momento in cui si esercita il diritto[84]. In questo senso, anche l'opzione per lo scioglimento *ex lege* appare produrre effetti parimenti restrittivi sulla sfera di libertà costituzionalmente protetta del singolo. Si potrebbe anche ipotizzare, da un lato, che la scelta italiana sia persino più "violenta" perché potrebbe operare nel quadro di una totale inconsapevolezza dei soggetti configurandosi come ancor più lesiva dell'autodeterminazione individuale; e, dall'altro, che una persona, per evitare queste conseguenze giuridiche, possa decidere di non procedere alla rettificazione, pur avendo dato luogo alla modificazione dei propri caratteri sessuali. Non è un caso se la distinzione tra limiti di esercizio (che inciderebbero sui mezzi attraverso cui il diritto trova spazio e, probabilmente, anche sugli effetti ricondotti al suo esercizio) e limiti di funzione (che inciderebbero sul contenuto del diritto) sia particolarmente difficile da delineare e piuttosto dibattuta in dottrina[85].

Alla luce di quanto riferito e al di là delle possibili scelte che la Corte costituzionale potrà prende-

83 In questo senso cfr. A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, cit., pp. 2697 ss.; B. Pezzini, *Un paradigma incrinato*, cit.

84 Su questa considerazione converge la Cassazione nella ordinanza n. 14329 quando si sofferma sulla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 2008.

85 Cfr. sul punto R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 94 ss. che riporta come «la separazione di aspetti contenutistici ed aspetti strumentali dei diritti non è affatto un punto fermo della giurisprudenza (e della dottrina) italiana» e A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., pp. 322 ss. il quale nega che, in generale, in relazione ai diritti di libertà possa essere operata siffatta distinzione in quanto «il contenuto dei diritti di libertà si realizza appunto nell'*ágere licère*, e cioè nell'esercizio di una data libertà e delle facoltà in essa ricomprese» (p. 323), e poi sottolinea come, in ogni caso, «anche se la disciplina dei "presupposti" e dei "mezzi" è, in genere, autonoma rispetto alla disciplina del "diritto", quella non può evidentemente contraddire questa» (p. 328).

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

re[86], un'argomentazione che risentisse in maniera eccessiva dell'idea di diritto di famiglia quale branca del diritto pubblico limiterebbe fortemente i diritti di tutte le parti in causa. E tuttavia, allo stesso tempo, si può sottolineare come il riconoscimento del diritto a rimanere sposati, in primo luogo, renderebbe pubblico il fatto che uno dei due coniugi è un transessuale configurandosi questa come l'unica eccezione al paradigma eterosessuale del matrimonio; e, in secondo luogo, discriminerebbe tra il transessuale che avesse già contratto un vincolo e quello che non lo avesse fatto[87]. Quest'ultimo, infatti, si troverebbe nella condizione di non poter contrarre matrimonio con una persona del suo stesso sesso legale. Detta circostanza difficilmente potrebbe reggere a uno scrutinio ai sensi dell'art. 3 Cost.[88]: un accoglimento della questione potrebbe pertanto rappresentare il "cavallo di Troia" per introdurre, per fasi, il matrimonio tra persone dello stesso sesso in via giurisprudenziale. Il legislatore, pertanto, potrebbe preferire l'introduzione di una vera e propria unione garantita per il *transgender*[89]. Peraltro, ciò potrebbe, secondo parte della dottrina, consentire di fuggire dal rischio di stereotipizzazioni legate al binarismo sessuale[90]. Un'altra soluzione potrebbe consistere nell'equiparare alle unioni tra persone dello stesso sesso quella del transessuale con tendenza omosessuale: in questo caso sarebbe sufficiente introdurre un unico istituto. Applicate al caso in esame, tuttavia, queste opzioni implicano che, a seguito della rettificazione del sesso di uno dei coniugi, una coppia sposata, per quanto venga garantita la continuità del rapporto, perderebbe la protezione offerta dall'art. 29 Cost. Se si ritenesse comunque legittima, tale scelta, che pare comunque in linea con quanto richiesto dalla Corte Edu (cfr. par. 5), potrebbe portare la Corte nel futuro a valutare in modo ancora più penetrante la ragionevolezza di eventuali differenziazioni nel trattamento sulla base del principio di non discriminazione.

A questo proposito, non si deve ritenere, da ultimo, che, valorizzando l'art. 29 Cost. e riconoscendo il diritto a rimanere sposati, si vada necessariamente a pregiudicare un'idea di famiglia tradizionale aprendo a una declinazione esclusivamente individualistica dei diritti di famiglia. Per quanto appaia chiaro che la dimensione individualistica stia assumendo un peso sempre maggiore, infatti, resta comunque presente in questa lettura la componente comunitaria. Da questo punto di vista, non può passare inosservato che nell'ordinanza del *BVerfG* del 2008 abbia avuto un peso decisivo il concetto di *Verantwortungsgemeinschaft* (comunità di responsabilità) scaturente dal matrimonio e capace di prevalere sulla rigidità della garanzia di istituto.

Sospesa dunque tra dimensione pubblicistica e privatistica in una tensione mai del tutto risolta[91], ma su cui la Corte costituzionale sembra aver raggiunto una visione di compromesso nella prospettiva per cui «i diritti dei singoli legati da un vincolo affettivo devono essere conciliati con le esigenze comuni della famiglia quale istituzione»[92], la disciplina della famiglia non sembra potersi più sottrarre al confronto con le complessità attuali e deve regolare tali fenomeni, senza ignorarli, per tentare di governarne gli effetti e soddisfare la forte sete di risposte proveniente dallo spazio pubblico.

86 A. D'Aloia, *Il "divorzio obbligato" del transessuale. Ancora un "incerto del mestiere del vivere" davanti alla Corte costituzionale*, in *www.confronticostituzionali.it*, 2013; 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 *www.rivistaaic.it/osservatorio*, 2013; A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., pp. 124 ss.

87 Prevede la possibilità di consentire la prosecuzione del matrimonio, se i coniugi lo desiderano, una progetto di legge di riforma della disciplina su cui cfr. A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., pp. 208 ss.

88 A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000.

89 S. Rodotà, *Sesso, diritto all'identità sessuale, transessualismo. Una prospettiva*, in Id., *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 225 ss.; Id., *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 292; B. Pezzini, *Del sesso, del genere e del "mestiere di vivere"*, cit., pp. 749 ss.; *contra* L. Palazzani, *Identità di genere come problema biogiuridico*, in *Iustitia*, 2011, pp. 157 ss.; cfr. anche M. Cartabia, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in *Iustitia*, 2011, pp. 285 ss.

90 G. Repetto, *«Non perdere il proprio mondo»*, cit., spec. pp. 542 ss.; per un profilo sociologico, per tutti, J. Butler, *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

91 G. Ferrando, *Il Matrimonio*, cit., spec. pp. 160 ss.

92 F. Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, cit., p. 15.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

*Michele Di Bari**

Meglio cambiar genere che esser gay? Alcuni interrogativi sul ragionamento dell'ordinanza n. 14329/13 della Cassazione

Sommario

1. Premessa – 2. Il caso – 3. Questioni preliminari: l'ordinamento italiano esclude oppure no la possibilità del matrimonio *same-sex*? Il ricorso è fondato? – 4. Seconda questione: il "matrimonio-atto" prevale sul "matrimonio-fatto"? – 5. Terza questione: il diritto al matrimonio è un diritto inderogabile solo *ex post*? – 6. Quarta questione: è utile il riferimento alla giurisprudenza straniera? – 7. Conclusioni

Abstract

Il giudice di legittimità torna nuovamente sulla tematica del matrimonio *same-sex*. Questa volta però, il *thema decidendum* non è strettamente legato all'orientamento sessuale ma alla identità di genere ed al diritto sancito dall'art. 29 Cost., che insieme ad altri parametri costituzionali invocati dalla Cassazione, hanno reso necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale rispetto al c.d. «divorzio imposto». Il presente contributo, formulando una serie di quesiti aperti, vuole favorire lo sviluppo di un dibattito dottrinale sul ruolo dei giudici nella ridefinizione (espansione) dei precetti costituzionali.

The Italian Court of Cassation has again approached the issue of same-sex marriage. However, this time the Constitutional Court has been required to decide on the constitutionality of the law concerning the so called «divorzio imposto» ("divorce imposed by the law in case of gender reassignment"). Thus, in this case, instead of examining discrimination based on sexual orientation, the Court has focused on the right to gender identity vis-à-vis other constitutional principles. This essay discusses, through a series of open questions, the role of supreme judges in the redefinition of constitutional meanings.

1. Premessa

A distanza di poco di più di un anno dalla sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012, la Cassazione è stata nuovamente investita di una questione inerente il principio di non discriminazione in relazione alle coppie dello stesso sesso, anche se, in questo caso, la coppia *same-sex* in questione è di tipo *ex post* e non *ex ante*.

Un gioco di parole, il mio, utile per sottolineare sin da subito che la Cassazione in questo caso dubita della legittimità dell'attuale normativa inerente la rettifica del sesso e non della mancanza nel nostro ordinamento di un istituto giuridico (matrimonio, *civil partnerships*, etc.) idoneo a tutelare due soggetti dello stesso sesso che scelgono di intraprendere un percorso di vita comune.

Il presente contributo si struttura in forma di *quaestiones* per la comunità scientifica dei giuristi: una serie di interrogativi che puntano, attraverso l'apertura di un dibattito dottrinale, a fornire una corretta chiave di lettura delle argomentazioni del giudice di Cassazione.

* PhD, Università di Trento.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

L'analisi del dispositivo dell'ordinanza di remissione n. 14329/13[1] non esaurisce, ma forse esaspera, i dubbi connessi alla definizione di un diritto fondamentale quale quello a contrarre matrimonio (art. 29 Cost.), in particolare se letto avendo riguardo per gli artt. 2-3 Cost. I dubbi si accentuano non tanto per quello che la Cassazione dice nell'ordinanza, ma soprattutto per quello che si può implicitamente dedurre dalla lettura della stessa.

Con questo mi riferisco all'atteggiamento del giudice di legittimità che appare, forse volutamente, reticente rispetto alla tematica dell'uguaglianza in senso ampio, sforzandosi di incuneare la questione di costituzionalità tra le maglie di un ragionamento strettamente delineato intorno a quella che si potrebbe definire "*l'eccezione del transessualismo*".

Dunque, nel circoscrivere il caso alla sola fattispecie sottoposta alla sua attenzione, la Corte elabora un'argomentazione idonea (se accolta) ad ottenere una declaratoria di parziale incostituzionalità dell'attuale disciplina sugli esiti derivanti dalla rettifica del sesso.

Un tentativo che, pur se ispirato da un ideale di giustizia modellato sul principio di non discriminazione volto a correggere il supposto sbilanciamento tra il diritto individuale all'identità di genere ed il diritto dello Stato a preservare intatto il modello matrimoniale, di fatto tende a (ri)configurare un diverso tipo di discriminazione.

Se il legislatore ha voluto finora escludere le coppie omosessuali dalla tutela matrimoniale – determinando di fatto una discriminazione diretta basata sull'orientamento sessuale – il poter prevedere un'eccezione alla regola per la coppia sposatasi come *opposite-sex* e solo successivamente divenuta *same-sex* determinerebbe una discriminazione indiretta tra omosessuali, eterosessuali e transessuali. Pertanto non si tratterebbe di far cessare la discriminazione ma semplicemente di aumentare, se possibile, la portata discriminatoria dell'attuale disciplina legislativa sul matrimonio. Le coppie dello stesso sesso di tipo *ex ante*, ovvero gli omosessuali e le lesbiche conviventi, subirebbero dunque una doppia discriminazione: sia nei confronti della coppia eterosessuale, sia nei confronti della coppia *same-sex* di tipo *ex post*[2].

Quindi si finisce per giungere ad un esito, se possibile, ancor più evidentemente discriminatorio per talune categorie, ovvero si lascerebbero agli individui gay le sole tutele (indirette) che l'attuale ordinamento giuridico riconosce. Forme di tutela attivabili, di volta in volta in giudizio, in ragione delle sentenze n. 138/2010[3] della Corte costituzionale e n. 4184/2012[4] della Cassazione basate su una lettura inclusiva dell'art. 2 Cost.

Il dubbio che in questo caso emerge è se i giudici della Cassazione siano guidati dal timore di non andar troppo oltre nella pretesa di uguaglianza, o se siano invece orientati da un reale pregiudizio ideologico avverso le sole coppie originariamente *same-sex*. Non si può infatti dimenticare che, anche se il caso ha ad oggetto una coppia originariamente eterosessuale, il *thema decidendum* avrebbe permesso alla Cassazione di enunciare un principio universale che, «a cascata», avrebbe potuto riverberare nell'intero sistema del diritto di famiglia anche oltre l'ipotesi di rettifica del sesso. Probabilmente questa strada, se l'intento era quello di massimizzare le *chances* di accoglimento del ricorso da parte della Consulta, è stata ritenuta dai supremi giudici troppo rischiosa.

1 Corte di cassazione, 6 giugno 2013, n. 14329.

2 È evidente che, laddove la normativa vigente dovesse permettere alla coppia *same-sex* di tipo *ex post* di essere riconosciuta come coppia regolarmente coniugata, da una discriminazione direttamente operante sul versante della diversità del sesso dei coniugi, l'attuale disciplina matrimoniale, seppure apparentemente neutra, differenzierebbe (illegittimamente?) solo sul piano dell'affettività in ragione dell'orientamento sessuale del singolo, giacché solamente chi si innamora e si vuole sposare con una persona del suo stesso sesso resterebbe totalmente escluso dall'istituto matrimoniale.

3 Per un primo spunto di riflessione rispetto alla sentenza n. 138/2010 vedi, B. Pezzini, *La sentenza 138/2010 parla (anche ai giudici)*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive?*, B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), Jovene, 2011, pp. 95 e ss; Nello stesso volume, F. Bilotta, *L'interpretazione delle norme vigenti: il ruolo dell'avvocato*, pp. 43 e ss.; M. Di Bari, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte costituzionale: una breve riflessione,* in *www.forumcostituzionale.it*, 2010.

4 Sul punto, si vedano i più recenti contributi di L. Lorello, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, in *Rivista AIC*, 2012; M. Finocchiaro, *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Guida al diritto*, 2012, n. 14, pp. 35 ss.; A. Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2012.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

2. Il caso

Che la preoccupazione della Sezione I di Cassazione fosse spiccatamente orientata a salvaguardare il diritto al matrimonio di un transessuale operato e del suo (eventuale) coniuge è chiarissimo sin dalle prime riflessioni dell'ordinanza di remissione[5].

Secondo il giudice di legittimità vi sarebbero dei fondati motivi per ritenere incostituzionale, alla luce degli artt. 2-29 Cost. e artt. 8-12 Cedu in qualità di norme interposte, l'*ex* art. 4, L. n. 164/1982[6] (applicabile al caso concreto *ratione temporis*) e *mutatis mutandis* dell'attuale art. 31 D.lgs. n. 150/2011 che ne rinforza il significato sostituendo alla definizione "provoca lo scioglimento" la locuzione "determina lo scioglimento" in relazione agli effetti della rettifica del sesso sul vincolo matrimoniale.

Il caso di specie riguarda anche dubbi di tipo procedurale attinenti la trascrizione automatica nel registro anagrafico del c.d. «divorzio imposto» a seguito di rettifica, senza che l'altro coniuge possa opporsi in giudizio (dubbio di costituzionalità in relazione all'art. 24 Cost.).

Il tenore letterale della norma, secondo quanto emerge implicitamente dall'ordinanza n. 14329/13, non può essere superata attraverso un'interpretazione conforme a Costituzione dell'attuale disciplina legislativa[7].

Nella prima parte del dispositivo dell'ordinanza, ovvero nei primi sette paragrafi, il giudice si occupa di chiarire come l'automatismo che porta all'annotazione anagrafica della rettifica del sesso ed alla conseguente cessazione del legame coniugale risponda "correttamente" alla normativa vigente.

In coerenza a quanto disposto non solo dalla disciplina *ad hoc* sul divorzio e sulla rettifica del sesso, ma anche dalla nuova disciplina *ex* D.p.r. n. 396/2000, l'ufficiale di stato civile ha l'onere, non la facoltà, di provvedere alla annotazione in assenza di una pronuncia giudiziale. Egli, dunque, non agisce in carenza di potere[8]. È pertanto la necessità di tenere aggiornati gli atti concernenti lo stato civile (D.p.r. n. 396/2000, art. 5, co. 1, lettera a) che prefigura l'automatismo del «divorzio imposto».

I ricorrenti, rifacendosi alla procedura ordinaria *ex* legge 1 dicembre 1970, n. 898 e successive modifiche, lamentavano infatti l'illegittimità dell'annotazione di cessazione del vincolo coniugale in assenza di una specifica pronunzia giudiziale. Se, come sostenuto nelle argomentazioni di parte, ai sensi dell'art. 3 della legge sul divorzio l'opzione di scioglimento è di norma azionabile da uno dei coniugi, nell'inerzia degli stessi non si potrebbe – *sine motu* – dissolvere il vincolo che li lega. Se si accettasse questa prospettiva, l'ufficiale di stato civile agirebbe in eccesso di potere.

Questa logica, pur confortata dalla lettera dell'art. 3, legge n. 898/1970, così come prospettata, sembra (volutamente) non tenere conto dell'intero quadro normativo di riferimento che, nel disciplinare il caso specifico della rettifica del sesso, pone in capo al soggetto che subisce una variazione del genere una serie di diritti[9], ma determina allo stesso tempo una ricaduta sulla preesistente situazione coniugale. Il legislatore ha cioè previsto e voluto disciplinare le ipotesi di matrimonio *same-sex* di tipo *ex post*.

In effetti, l'art. 31, co. 5, D.lgs. n. 150/2011 stabilisce che "con la sentenza che accoglie la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso il tribunale ordina all'ufficiale di stato civile del comune dove è stato compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro", chiarendo al successivo comma che "la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso".

Va da sé che quanto disposto dall'art. 31, co. 6, D.lgs. n. 150/2011 possa integrare la disciplina sul divorzio per quella – pur limitata – serie di casi che coinvolgono coppie sposate in cui uno dei coniugi decida di intraprendere il lungo *iter* di rettifica del sesso, prevedendo nell'ordinamento giuridico un'eccezione alla normale procedura di scioglimento del vincolo matrimoniale, ovvero il «divorzio imposto».

---

5 Per una agevole e chiara spiegazione del caso e dei dubbi di costituzionalità sollevati dalla Cassazione si veda 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*, 2013.

6 Pur nella consapevolezza che la normativa impugnata è quella descritta dalla L. n. 164/1982, con particolare riferimento all'art. 4 e che tale normativa va comunque applicata a tutti i casi pendenti prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 150/2011 (così stabilisce l'art. 36 del medesimo D.lgs.), farò riferimento all'attuale disciplina, ovvero all'art. 31, D.lgs. n. 150/2011 che novellando la precedente legislazione sugli esiti della rettifica del sesso ne ha confermato (per alcuni rinforzato) la portata.

7 Come giustamente sottolineato in dottrina, il tema dell'interpretazione conforme a costituzione resta tuttora un tema controverso. Vedi, I. Ciolli, *Brevi note in tema d'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2012; G. Laneve, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2011.

8 Corte di cassazione, 6 giugno 2013, n. 14329, *Considerato in diritto* punto 2.

9 Diritti riconosciuti anche dalla giurisprudenza costituzionale che ha da tempo riconosciuto l'importanza del rispetto dell'identità di genere quale fattore essenziale per garantire il pieno sviluppo della personalità (cfr. Corte costituzionale, n. 161/1985).

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Proprio questa "eccezione al ribasso" rispetto al normale godimento di un diritto costituzionalmente garantito, ha persuaso i giudici della Cassazione che l'automatismo del «divorzio imposto» affievolisce esageratamente alcuni tra i diritti personalissimi cui la Costituzione assegna una tutela strettissima. La "scottante questione" passa dunque al Giudice delle leggi.

3. Questioni preliminari: l'ordinamento italiano esclude oppure no la possibilità del matrimonio *same-sex*? Il ricorso è fondato?

Prima di considerare le motivazioni che hanno spinto la Cassazione a sollevare la questione di legittimità in via incidentale, è opportuno soffermarsi su due quesiti non secondari: (1) nel nostro ordinamento giuridico è ammissibile l'ipotesi di matrimonio *same-sex*? (2) In caso la risposta fosse affermativa, a chi spetterebbe decidere?

Sul secondo interrogativo la Cassazione è molto chiara allorquando, richiamando la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 138/2010) e quella di legittimità (sentenza n. 4184/2012) afferma che "la scelta di estendere il modello matrimoniale anche alle unioni diverse da quella eterosessuale è rimessa al legislatore ordinario"[10].

Questa chiave di lettura dell'art. 29 Cost. è stata modellata sui precedenti risolti in sede Cedu (vedi *Schalk e Kopf*[11]) così come reinterpretati dalla Cassazione nel 2012. Dunque, si dovrebbe ritenere affermativa la risposta al primo quesito ed evasa (spetta al legislatore) anche la seconda domanda. Poco spazio rimarrebbe ai giudici nell'inerzia del Parlamento.

Per contro, le diverse interpretazioni che la recente dottrina ha elaborato tendono a smentire questa impostazione, lasciando intendere che il giudice possa, nel totale disinteresse della politica, "decidere di decidere" in qualità di "giudice dei diritti".

Tuttavia, non pare affatto così scontato che la Corte costituzionale, semmai nuovamente investita della questione, possa avvalorare questa tesi.

Anzi, a voler rileggere il dispositivo della sentenza n. 138/2010 non si può eludere uno dei passaggi più emblematici, ovvero quello in cui il Giudice delle leggi spiega che, in relazione all'art. 29 Cost. "è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere 'cristallizzati' con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei princìpi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata"[12].

Dunque, continua la Corte, "questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa"[13].

Del corretto esercizio dei metodi interpretativi da parte del giudice si discute ampiamente in dottrina e vi sono alcuni che sostengono l'assoluta «indisponibilità» del significato della disposizione inserita nell'art. 29 Cost., prefigurando la necessità di una revisione costituzionale laddove il legislatore volesse introdurre nel nostro ordinamento il matrimonio tra persone dello stesso sesso[14].

Ma allora? Il nostro ordinamento ammette o no la possibilità di matrimonio *same-sex*? Forse.

Se questa tesi sembra porsi in contrasto con quella secondo cui il moderno "Giudice dei diritti" rappresenta «la via elettiva» per la ridefinizione di norme come i diritti umani dotate di una innata *vis expansiva*, dall'altro ha il merito di ricordarci che in un sistema democratico costituzionale, la separazione dei poteri ha ancora un senso solo se la sporadica supplenza del giudiziario (il metodo bilaterale del *ti ammonisco a*) non si trasforma in una costante invasione delle sfere di competenza (metodo unilaterale del *ti impongo di*)[15].

---

10 Corte di cassazione, 6 giugno 2013, n. 14329, *Considerato in diritto* punto 7.

11 Corte Edu, 24 Giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*.

12 Corte costituzionale, 14 aprile 2010, n. 138, *Considerato in diritto* punto 9.

13 Ead., *ivi*.

14 A. Spadaro, *Matrimoni "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinaria e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013.

15 Sul punto stimolante la riflessione di J.E. Roa, *Diálogo institucional y matrimonio igualitario*, in *www.ambitojuridico.com*. L'autore, nell'affrontare il tema del comportamento delle Corti in relazione alla costituzionalità del matrimonio tra individui dello

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

In aggiunta, se si considera che sia la giurisprudenza costituzionale sia quella Cedu riconoscono allo Stato la facoltà di scegliere liberamente i modelli di tutela della vita familiare senza imporre il matrimonio *same-sex* (e dunque si accetta in ultima analisi l'eventuale differenziazione dei modelli di convivenza fuori dall'ipotesi matrimoniale) resta arduo comprendere perché vi dovrebbe essere un obbligo – e non invece la facoltà – di mantenere intatte (eliminando l'ipotesi di scioglimento automatico) la serie di tutele associate ad un istituto giuridico i cui requisiti minimi sono venuti a cessare come nel caso della coppia *same-sex* di tipo *ex post*.

4. Seconda questione: il "matrimonio-atto" prevale sul "matrimonio-fatto"?

La Cassazione, nel motivare la sua convinzione rispetto alla presunta illegittimità della disposizione che provoca il «divorzio imposto» sembra elaborare un'idea di matrimonio quale atto giuridico quasi spogliato della sua dimensione fattuale. Un'argomentazione, rispetto al caso concreto, che sembra smentire al contempo la premessa secondo cui sarebbe oggi possibile per il legislatore ordinario (o per il tramite di un intervento della Consulta) introdurre il matrimonio *same-sex* nell'ordinamento italiano.

È infatti evidente che, se il caso di cui si discute è così speciale da doversi ammettere l'unica ipotesi di matrimonio *same-sex* perché pur sempre eterosessuale *in origine*, ragionando al contrario, la regola secondo cui solo il matrimonio eterosessuale è l'unico costituzionalmente ammesso dall'ordinamento verrebbe una volta per tutta riconfermata, con buona pace di tutti coloro che sostengono il contrario.

È intuitivo comprendere le ragioni di questa scelta: se ci si focalizza sull'atto "matrimonio" al momento della celebrazione, allora, se esso è stato celebrato secondo i canoni della "normalità", ovvero tra due eterosessuali, l'originaria "eteronormatività" dell'atto porterebbe ad una definitiva sedimentazione di un diritto fondamentale irriducibile da parte del legislatore.

Il matrimonio quindi, laddove celebrato rispettando i requisiti previsti dall'ordinamento, sanerebbe eventuali vizi sorti in seguito, quasi che l'atto, per la sua intrinseca specialità, possedesse una forza di resistenza oltre, ed a prescindere, i limiti costituzionalmente previsti dall'art. 29 Cost. di cui si discute ampiamente negli ultimi anni.

In altre parole, dato che l'atto non ha alcun "vizio originale" non si può annullare. Poco importa la dimensione fattuale della coppia che a quel punto resta coniugata. Poco importa che la coppia sposata sia formata da due persone dello stesso sesso.

La Cassazione poi aggiunge che "le scelte appartenenti alla sfera emotiva ed affettiva costituiscono il fondamento dell'autodeterminazione" ed ancora che il matrimonio costituisce "l'esercizio personalissimo, determinato da condizioni minime di accesso, nel quale si manifesta una tra le più rilevanti scelte della vita"[16]. In più, se lo scioglimento del vincolo coniugale opera *ex lege* come conseguenza automatica della rettifica, ciò che si determina "è l'eliminazione chirurgica di una relazione stabile e continuativa che ha dato vita ad un nucleo familiare"[17].

Relazione stabile e continuativa quindi. Ma allora non è l'atto in sé che va tutelato, ma ciò che esso determina. È il suo valore in termini di tutela della relazione umana formatasi che necessita la "copertura ordinamentale".

Ma se così fosse, come si spiega l'atteggiamento della Cassazione rispetto ai coniugi che si erano sposati nei Paesi bassi e poi avevano chiesto la trascrizione del matrimonio in Italia? Nel 2012 la Suprema Corte ha negato loro il riconoscimento, sancendo l'impossibilità di trascrivere l'atto di matrimonio estero (perché inesistente), pur in presenza di un nucleo familiare la cui costituzione *same-sex* aveva determinato l'insorgere di quello stesso legame che – seguendo la logica dell'ordinanza – l'ordinamento italiano dovrebbe tutelare.

Nella sentenza n. 4184/2012 la Cassazione, solo un anno prima, ha infatti sostenuto la non trascrivibilità dell'atto matrimoniale contratto all'estero proprio perché vi era assenza del requisito minimo deri-

stesso sesso, offre una chiave di lettura innovativa rispetto al ruolo delle Corti costituzionali in sistemi democratici costituzionali. Interessanti anche le riflessioni di I. Massa Pinto, *"Fiat matrimonio!" L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'Uomo e Corte di cassazione: può una sentenza della Corte di cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 2.

16 Corte di cassazione, 6 giugno 2013, n. 14329, *Considerato in diritto* punto 7.

17 Ead., *ivi*.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

vante dalla differenza del sesso[18]. Il nodo secondo i giudici della sentenza n. 4184/2012 è che non si può eludere il parametro tradizionalista tipicamente associato alla parola matrimonio che pure la sentenza n. 138/2010 pare avere confermato[19]. Ne consegue che il matrimonio *same-sex* nell'ordinamento italiano è semplicemente inesistente, e non esistendo, non può essere trascritto[20]. E nessun dubbio di legittimità costituzionale è stato sollevato.

Quella stessa dimensione fattuale, così importante nell'ordinanza n. 14329/13, è stata invece del tutto irrilevante per i giudici nella sentenza n. 4184/2012.

Tutto ciò rende il ragionamento dell'ordinanza in analisi incoerente proprio laddove si cita il precedente della n. 4184/2012 dove si sostiene l'esatto opposto.

Pertanto, incrociando il ragionamento del 2012 e quello del 2013, si potrebbe dedurre che quella dimensione fattuale che implica la tutela di diritti personalissimi costituzionalmente garantiti è si valida, ma solo se non si è omosessuali.

Delle due l'una; o un diritto personalissimo è sempre degno di tutela, o non è un diritto personalissimo. Ed ancora, o il matrimonio-fatto rileva più dell'atto, ed allora si permetta la trascrivibilità degli atti matrimoniali celebrati all'estero per le coppie dello stesso sesso ritornate in Italia, oppure, se il parametro dei requisiti minimi formali prevale, laddove cessino tali requisiti, cessi la validità del matrimonio.

Se la Cassazione è pronta a definire il «divorzio imposto» come un "prezzo" troppo alto da pagare alla tradizione che l'ordinamento italiano vorrebbe preservare, può invece tacere su un punto ben più evidente, ovvero la discriminazione delle coppie *same-sex tout court*, siano esse originarie o *ex post*?

5. Terza questione: il diritto al matrimonio è un diritto inderogabile solo *ex post*?

Legato alla precedente questione esposta, propongo una riflessione che si basa sulla presunta inderogabilità cui sembra fare riferimento la Cassazione quando spiega come, nel necessario bilanciamento degli interessi in gioco – quello dello Stato di mantenere intatti i modelli familiari e quelli della coppia soggetta al «divorzio imposto» – gli individui nella coppia sposata in cui uno dei coniugi ha rettificato il sesso anagrafico soffrirebbero di una compressione della propria sfera di diritti inviolabili non giustificabile (sbilanciamento).

La Cassazione osserva che "del tutto insufficienti ad attuare un adeguato bilanciamento d'interessi risultano le indicazioni provenienti dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 138 del 2010 e da questa Corte con la sentenza n. 4184 del 2012, in ordine alla riconducibilità delle unioni tra persone dello stesso sesso alle formazioni sociali costituzionalmente rilevanti, con conseguente sistema di tutele 'in specifiche situazioni', attesa l'incompatibilità tra la condizione della coppia che non può accedere all'unione coniugale e quella di chi ha legittimamente scelto un'unione coniugale proprio in virtù della duratura cristallizzazione dei diritti e degli obblighi ad essa connessi"[21].

Dunque, di nuovo, illegittimo sarebbe non permettere, attraverso un'apposita deroga al regime ordinario che vieta le unioni matrimoniali omosessuali, a coloro i quali hanno potuto celebrare legittimamente il matrimonio di conservare il loro *status*.

Volendo leggere tra le righe, qui sembra sostenersi la tesi che il diritto a contrarre matrimonio di cui all'art. 29 Cost., se letto in combinato disposto con l'art. 2 Cost., è si derogabile – ovvero si possono legittimamente escludere le coppie omosessuali originarie – ma, di nuovo, solo perché il diritto non è stato esercitato secondo i canoni dell'eterosessualità.

Un diritto che dunque non trova le ragioni della sua inderogabilità nei valori stessi di cui è espressione, ma che diventa tale solo se esercitato, almeno una sola volta "normalmente".

Insomma la forza del principio non sta nel contenuto, ovvero nella tutela delle formazioni sociali (art. 2 Cost.) attraverso l'istituzione di appositi strumenti come il matrimonio o le unioni registrate, ma risiede nella forma.

Questa tesi è certamente in coerenza con la precedente giurisprudenza di legittimità. Mi riferisco

18 Sul punto, B. Pezzini, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenza della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2012; M. Di Bari, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di cassazione*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 1; I. Massa Pinto, *"Fiat matrimonio!"*, cit.; L. Lorello, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, cit.

19 Corte di cassazione, n. 4184/12, "motivi della decisione", punto 2.2.2.

20 Ead., *ivi*, punto 2.2.3.

21 Corte di cassazione, 6 giugno 2013, n. 14329, *Considerato in diritto* punto 7.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

di nuovo alla sentenza n. 4184/2012 dove il diniego alla trascrivibilità dell'atto matrimoniale estero – dunque già celebrato, anche se all'estero – risiedeva proprio nel requisito formale minimo richiesto. In quella occasione, ben più frequente rispetto a quella della coppia *same-sex* di tipo *ex post*, il giudice di legittimità non ha avuto alcun dubbio.

Nell'ordinanza n. 14329/13 invece, ciò che sembra emergere è un ragionamento che ruota tutto intorno al tipo di famiglia da doversi sempre e comunque tutelare, ovvero quella eterosessuale. Tale unione sarebbe così fortemente garantita che, anche laddove cessi il presupposto dell'eterosessualità dovrebbe considerarsi come famiglia eterosessuale.

Insomma, sembra che sia l'eterosessualità il valore inderogabile. L'ordinamento giuridico deve continuare, pure per chi cambia genere e resti sposato, a considerare il soggetto sempre e comunque un "eterosessuale originario".

Di fatto, la Cassazione sembra valutare questo tipo di unione *same-sex* come se continuasse ad essere *opposite-sex* ribadendo implicitamente (ed involontariamente?) una visione tradizionalista di matrimonio.

È lecito a questo punto domandarsi se questo atteggiamento sia in grado da un lato di convincere il Giudice costituzionale della bontà delle argomentazioni antidiscriminatorie rispetto all'identità di genere, dall'altro di favorire una cultura dell'eguaglianza che nel nostro ordinamento sembra ancora difettare notevolmente, in particolare con riferimento agli omosessuali.

6. Quarta questione: è utile il riferimento alla giurisprudenza straniera?

Parte dell'ordinanza n. 14329/13 è dedicata all'analisi della giurisprudenza Cedu e della giurisprudenza estera avente ad oggetto quelli che la Cassazione esamina come casi analoghi. I giudici di legittimità motivano infatti l'ordinanza di remissione facendo ampio ricorso ad una sorta di *jus commune* europeo rispetto alla tematica del diritto all'identità di genere.

La Cassazione prende in considerazione due precedenti nazionali ed uno Cedu. Nel caso tedesco, in analoga situazione, il giudice aveva ritenuto sproporzionato il "prezzo" da pagare da un individuo coniugato che decida di intraprendere la rettifica del sesso. Nelle conclusioni del Tribunale tedesco. Il bilanciamento tra il diritto all'identità di genere e gli altri interessi costituzionalmente garantiti, posto che la coppia *same-sex* di tipo *ex post* non compromette il tradizionale modello matrimoniale (ossia non implica nessuna apertura implicita al matrimonio *same-sex*), non poteva che portare a ritenere illegittima la disposizione tedesca sul divorzio imposto[22].

Anche la Corte costituzionale austriaca ha ritenuto l'obbligo di sciogliere il vincolo matrimoniale una violazione dei diritti inviolabili utilizzando il parametro del rispetto della vita privata così come sancito dall'art. 8 della Cedu[23].

In *H c. Finlandia*, la Corte Edu ha ritenuto la legislazione finlandese che obbliga il passaggio da matrimonio ad unione registrata, una volta effettuata la rettifica del sesso da parte di uno dei coniugi, non in violazione della Cedu (artt. 8-12). Come evidenziato dal giudice di Strasburgo, di fatto la tutela giuridica offerta alle coppie registrate nell'ordinamento finlandese è equiparabile a quella offerta alle coppie sposate. In altre parole la Corte Edu ha potuto salvaguardare la prerogativa dello Stato membro di scegliere quale modello matrimoniale tutelare solo in ragione della presenza all'interno del sistema finlandese di una tutela (di pari livello) *ad hoc* per le coppie *same-sex*[24].

Tutti i casi citati dalla Cassazione sono dunque coerenti nel ritenere necessaria la tutela del diritto alla vita coniugale.

In tutti e tre si è ritenuto che tale diritto, una volta esercitato, crei per gli individui coinvolti l'aspettativa di una durevole comunità di vita la cui eventuale fine sia soggetta solo alla volontà dei coniugi.

Pur comprendendo che il richiamo alla giurisprudenza di altri ordinamenti (nazionali e sovranazionali[25]) sia oggi divenuto non solo frequente, ma anche un importante elemento per rafforzare le tesi

22 Tribunale costituzionale tedesco, *BVerfg*, 1 BvL 10/051.

23 Corte costituzionale austriaca, n. 17849/ 2006.

24 Corte Edu, 13 novembre 2012, *H c. Finlandia*.

25 Un richiamarsi solitamente capace di stimolare un "dibattito al rialzo" rispetto alla tematica dei diritti fondamentali. Vedi, J. Waldron, *The Extraterritorial Constitution and the Interpretative Relevance of International Law*, in *Havard Law Review*, 2008, n. 7; C. McCrudden, *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversation on Constitutional Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, n. 4, p. 501; C. L'Heureux-Dubé, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the*

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

del remittente, è opportuno riflettere sulla scelta compiuta dalla Cassazione nel caso di specie.

Se la sentenza austriaca può considerarsi un caso analogo, dato che in Austria nell'anno in cui veniva decisa la controversia (il 2006) l'ordinamento giuridico non prevedeva alcuna forma di riconoscimento per le coppie omosessuali, i giudicati tedesco e finlandese riguardano ambedue Paesi dove la tutela legale delle unioni *same-sex* è stata affidata ad istituti giuridici *ad hoc* ben prima che la disputa sul «divorzio imposto» arrivasse di fronte ad un giudice.

Quello tedesco e quello finlandese, così come altri sistemi giuridici europei sono, per così dire, già andati in contro ad una *evoluzione legislativa* rispetto alla tematica dei diritti delle persone transessuali ed omosessuali. Ma se questo è vero per alcuni paesi membri del Consiglio d'Europa, è altrettanto vero il contrario per un numero non irrilevante di altri paesi membri.

In aggiunta, è opportuno considerare questo passaggio di *H. c. Finlandia*: "*The Court reiterates that Article 12 of the Convention is the* lex specialis *for the right to marry. It secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. Article 12 expressly provides for regulation of marriage by national law. The Court points out that Article 12 of the Convention enshrines the traditional concept of marriage as being between a man and a woman* […] *While it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, this reflects their own vision of the role of marriage in their societies and does not flow from an interpretation of the fundamental right as laid down by the Contracting States in the Convention in 1950 (see Parry v. the United Kingdom (dec.), n. 42971/05, 28 November 2006; R. and F. v. the United Kingdom (dec.), n. 35748/05, 28 November 2006; and Schalk and Kopf v. Austria, no. 30141/04, § 58, ECHR 2010)*"[26].

Alla luce di questa premessa, è difficile immaginare cosa potrebbe decidere il giudice di Strasburgo di fronte ad un caso di «divorzio imposto» proveniente dall'Italia. Prevarrebbe il margine di apprezzamento? Data la delicatezza della materia in termini di sensibilità politiche, probabile.

Il caso finlandese – dove la rettifica trasforma il matrimonio in una *civil partnership* – è stato risolto in favore della Finlandia senza colpo ferire perché *civil partnership* e matrimonio sono praticamente equiparabili in quell'ordinamento.

Quindi, solamente il caso austriaco parrebbe sovrapponibile al caso italiano. Difatti, solo queste due realtà si caratterizzavano (in Austria non è più così) per una similare esclusione degli omosessuali dalle tutele invece offerte alle coppie eterosessuali.

In Italia l'inerzia del legislativo sulla tematica delle coppie *same-sex* – condannabile sotto ogni punto di vista – resta pur sempre un elemento che la giurisprudenza, sia di legittimità che costituzionale ha il dovere di denunciare, non automaticamente/forzosamente di sanare[27].

Il mio ultimo quesito è dunque: il caso austriaco, nella sua singolarità, può ritenersi un caso giurisprudenziale convincente, tale da svolgere una efficace attività di persuasione per la Corte costituzionale italiana?

7. Conclusioni

Sottoscrivo la tesi secondo cui il diritto al matrimonio rappresenta un atto di volontà individuale inserito nella sfera più protetta dei diritti personalissimi. Ne sono convinto io e lo sono anche molti colleghi giuristi. Tuttavia, se questa fosse la logica predominante anche per la giurisprudenza costituzionale e di legittimità, allora sarebbe lecito che questa massima venisse fatta valere *erga omnes*, anche, per esempio, per le coppie *same-sex* sposatesi all'estero che chiedono la trascrizione.

Eppure, come ho cercato di argomentare in questa sede, tale convinzione, forse maggioritaria nella dottrina italiana, non è ancora stata riconosciuto dalle nostre supreme corti come una sorta di formante criptotipo[28] capace di tradursi in una interpretazione più estensiva dei precetti costituzionali inerenti il diritto al matrimonio.

Le domande che ho proposto non vogliono in alcun modo ridurre la portata di un problema, quello

Rehnquist Court, in *Tulsa Law Journal*, 1998, vol. 34, p. 15; A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995, p. 144.

26 Corte Edu, 13 novembre 2012, *H c. Finlandia*, par. 38.

27 In questo senso la Corte costituzionale nella sentenza n. 138/2010, pur riconoscendo la necessità di un intervento legislativo, non si è spinta più in là del monito.

28 Mi riferisco al concetto di formante giuridico elaborato da R. Sacco nell'ambito del diritto comparato, ovvero la base giuridica sulla quale si sviluppa l'ordinamento. Tra i formanti descritti dallo studioso si annovera anche il criptotipo, ossia un formante non enunciato o verbalizzato ma che pure è in grado (es.: regole sociali non codificate ma comunemente accettate) di produrre effetti sul piano concreto. R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*. in *The American Journal of Comparative Law*, 1991, n. 1, pp. 1-34.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

di quelle coppie *same-sex*, che ho voluto differenziare usando la definizione "coppie *same-sex* di tipo *ex post*".

La rettifica del sesso è legata alla sfera dell'identità personale e l'identità personale è giustamente riconosciuta come un diritto inviolabile.

Correttamente, ponendosi oggi il problema di un necessario bilanciamento tra il diritto di un transessuale operato e del/la suo/a coniuge rispetto agli interessi dello Stato di mantenere integro il modello matrimoniale, non è difficile propendere per la tesi espansiva dei diritti piuttosto che per quella tradizionalista.

Nonostante ciò, quello su cui ho voluto richiamare l'attenzione è il metodo. Un metodo che ritengo improprio: la via giudiziale.

La via giudiziale mi pare la via più corretta per integrare ciò che il legislatore ha scordato, per inerzia o incapacità, non il modo per sostituirsi ad esso utilizzando il metodo creativo.

E se i dubbi che ho presentato (ma attendo fiducioso di esser smentito) sono fondati, allora non si tratterebbe affatto di integrare la disciplina sul matrimonio ad oggi vigente nell'ordinamento italiano, ma di ricrearne una nuova.

Un procedere creativo che sembra implicitamente suggerito dalla Cassazione laddove essa stessa non ha potuto interpretare l'attuale normativa in modo conforme a Costituzione evitando di chiamare in causa la Corte costituzionale.

Se così fosse, riprendendo le parole di una collega, appare evidente che "i dati storico-sociali si stanno progressivamente frantumando: che sia un bene o un male, non sta al giurista stabilirlo. Ciò che quest'ultimo è tenuto però a segnalare è che tale frantumazione sta avvenendo a colpi di sentenze, e non in forza di processi politici di integrazione, a livello nazionale e a livello sovranazionale"[29].

Infine, laddove si dovesse propendere per considerare valida *l'eccezione del transessualismo*, si sancirebbe una volta per tutte il principio secondo cui il matrimonio è eterosessuale, punto.

29 I. Massa Pinto, *"Fiat matrimonio!"*, cit., p. 9.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Aspetti di diritto europeo

*Elisabetta Bergamini**

Famiglia e identità di genere, "divorzio imposto" e diritti fondamentali: profili di diritto europeo

Sommario

1. Il ricorso in esame e la rilevanza del quadro giuridico esistente a livello europeo – 2. Tutela della vita privata e familiare e diritto al matrimonio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo relativa al mutamento dell'attribuzione anagrafica di sesso: a) i primi trend interpretativi – 3. b) Il caso *H. c. Finlandia*: analogie e diversità rispetto alla situazione italiana – 4. L'Unione europea e l'applicazione del principio di non discriminazione a seguito del mutamento dell'attribuzione anagrafica di sesso – 5. L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali quale parametro di ordine pubblico – 6. Considerazioni conclusive

Abstract

Il contributo analizza criticamente l'esistente quadro giuridico internazionale, a livello europeo, che viene in rilievo per la soluzione del rinvio di costituzionalità sollevato dalla Corte di cassazione con l'ordinanza n. 14329/2013. In particolare l'attenzione è rivolta alla sentenza *H. c. Finlandia* della Corte europea dei diritti dell'Uomo (2012) con riferimento al "divorzio imposto", sentenza che viene valutata in merito alla possibile influenza sulla causa nazionale, con alcuni cenni all'evoluzione giurisprudenziale avutasi su tematiche correlate, sia a livello di Cedu sia di Unione europea.

The paper is devoted to the critical analyses of the existing International legal framework, at European level, that could help deciding the requests submitted by the Court of Cassation to the Constitutional Court (no. 14329/2013). Attention is mainly focused on the H v. Finland *case on "compulsory divorce", decided by the ECHR in 2012, in order to evaluate its possible influence on the Italian case. However reference is also made to the evolution of ECHR and EU case law on connected issues.*

1. Il ricorso in esame e la rilevanza del quadro giuridico esistente a livello europeo

La Corte di cassazione, sezione prima civile, con ordinanza n. 14329 del 6 giugno 2013 ha rimesso la questione di costituzionalità dell'art. 4, L. n. 164/1982 sollevando, tra l'altro, dei dubbi di costituzionalità ai sensi degli artt. 10, I comma e 117 Cost. con riferimento agli articoli 8 e 12 della Cedu. È su tale primo quesito che ci si soffermerà nella presente trattazione, anche se le fonti di diritto internazionale potrebbero fornire ulteriori elementi anche per il secondo quesito relativo all'art. 24 Cost. nella parte in cui non prevede la possibilità né per il coniuge che ha subito la rettificazione di attribuzione di sesso, né per l'altro, di opporsi giudizialmente allo scioglimento del vincolo[1].

* Ricercatrice presso l'Università di Udine.

1 Basti qui ricordare che l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, seppure con formulazione e accentuazioni in parte diverse rispetto all'art. 24 della nostra Costituzione, prevede il diritto di accesso alla giustizia e ad un equo processo,

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Si rende quindi opportuno analizzare il quadro giuridico esistente a livello europeo sull'argomento in questione (o quanto meno sui profili affini) al fine di valutare se e come queste fonti possano influire sul giudizio di costituzionalità oggi pendente.

Innanzitutto occorre precisare che si prescinderà in questa sede dall'analisi delle fonti internazionali in senso ampio (si pensi alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e alle Convenzioni concluse nell'ambito di organizzazioni internazionali quali l'Organizzazione delle Nazioni Unite), che forniscono pochi spunti sulle tematiche oggetto del presente approfondimento, trattandosi in genere di strumenti che affrontano la tutela dei diritti fondamentali con formulazioni, volutamente, generiche e ampie, focalizzando invece l'attenzione sulle fonti "regionali" europee, che sia per il loro grado di precettività, sia per la formulazione dettagliata dei diritti ivi contenuti, rivestono sicuramente un più ampio rilievo.

Sotto questo profilo, come si vedrà, i riferimenti di maggiore interesse sono quelli che troviamo nella prassi applicativa della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (Cedu) firmata a Roma il 4 novembre 1950 e nella giurisprudenza della relativa Corte europea, mentre ci si limiterà ad alcuni spunti relativi al quadro giuridico esistente nell'Unione europea per le ragioni che vedremo in appresso (la questione in esame infatti non assume rilevanza "comunitaria"[2] in quanto si tratta di un caso meramente interno, riguardante due soggetti aventi cittadinanza italiana che non risultano aver beneficiato della libera circolazione, e pertanto sviluppato al di fuori dell'ambito di applicazione del quadro giuridico dell'Ue, essendo privo anche di ulteriori riferimenti come potrebbero essere quelli a materie armonizzate quale ad esempio la politica sociale[3]).

2. Tutela della vita privata e familiare e diritto al matrimonio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo relativa al mutamento dell'attribuzione anagrafica di sesso: a) i primi trend interpretativi

Sotto il profilo della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, che trova applicazione nel territorio di un ampio numero di Stati facenti parte dell'area geografica europea[4], bisogna innanzitutto sottolineare che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha avuto modo di affrontare in svariate occasioni questioni relative alla tutela della persona transessuale, anche se spesso sotto profili diversi da quello oggi in esame.

Si tratta quindi di vedere, alla luce della normativa in essere e della sua interpretazione giurisprudenziale, se si possa ritenere che l'art. 8 Cedu sulla tutela della vita privata e familiare[5] e l'art. 12 Cedu sul diritto al matrimonio[6] possano avere quale conseguenza il divieto di imporre lo scioglimento del

diritto che certamente deve trovare applicazione anche nell'ipotesi in esame.

2 Si usa e si userà il termine "comunitario" nella presente trattazione, pur consapevoli che si tratta di termine anacronistico alla luce delle conseguenze del Trattato di Lisbona sotto il profilo dell'avvenuta soppressione della Comunità europea oggi confluita nell'Unione europea, tutte le volte in cui il riferimento è a materia, quale la libera circolazione delle persone, già di competenza dell'ex Comunità europea in quanto rientrante, al tempo, nel primo pilastro.

3 Il diritto dell'Unione europea può infatti trovare applicazione solo nell'ipotesi in cui la materia rientri nell'ambito di applicazione dello stesso e quindi quando il caso riguardi soggetti che hanno beneficiato della libera circolazione e che proprio per tale ragione, ad esempio, siano oggetto di una discriminazione, oppure quando la materia rientri fra quelle di competenza dell'Unione e sia avvenuta un'armonizzazione delle norme applicabili ad opera della stessa. Per queste ragioni gli interventi della Corte di giustizia si sono limitati ad affrontare solo pochi casi, come avremo modo di vedere nella successiva trattazione.

4 Ad oggi, infatti, gli Stati appartenenti al Consiglio d'Europa e vincolati dalla Cedu sono quarantasette. Per approfondimenti sul funzionamento della Cedu e del relativo sistema giurisdizionale si veda F.G. Jacobs, R.C. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1996; M. De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, Napoli, 1999.

5 Il primo comma dell'art. 8 recita "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza" mentre il secondo comma prevede che nell'esercizio di tale diritto non possa esserci ingerenza dell'autorità pubblica salvo per espressa previsione normativa e sulla base di cause giustificative ben specifiche (ad esempio ordine pubblico, protezione della salute e dei diritti altrui). Per alcune interessanti considerazioni sull'apertura dell'art. 8 della Cedu verso «nuovi modelli di famiglia», vedi F. Mosconi, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 305 ss.

6 L'art. 12 recita: «Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto» collocandosi così sulla scia di quanto affermato nell'art. 16 della Dichiarazione universale

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

vincolo *ex lege* nell'ipotesi in esame. Si tratterà quindi di analizzare se e come questi due articoli, elaborati al tempo della firma della Cedu avendo in mente un concetto tradizionale di famiglia, possano trovare applicazione anche a situazioni come quella in esame alla luce dell'evoluzione, sia scientifica che culturale, avutasi negli ultimi anni.

Procedendo ad una ricostruzione del quadro giurisprudenziale in essere, non si può tralasciare un cenno all'evoluzione interpretativa avutasi circa la valutazione della modifica (o meglio del relativo divieto) dei registri di stato civile, finalizzata a far inserire negli stessi il mutamento anagrafico dell'attribuzione di sesso.

In una prima serie di pronunce (fra le quali i casi *Rees, Cossey, Sheffield e Horsham*, tutti collocati fra l'inizio degli anni '80 e la metà dei '90[7]), la Corte di Strasburgo aveva ritenuto che la scelta del Regno unito di non modificare i registri degli atti di nascita e quindi non dare la possibilità di avere un mutamento anagrafico dell'attribuzione di sesso, fosse da considerarsi compatibile col sistema Cedu e non in violazione dell'art. 8, il tutto pur affermando la necessità di verificare la normativa nazionale alla luce dell'evoluzione scientifica e normativa in materia. Si tratta di pronunce nelle quali la Corte Edu aveva sempre manifestato una decisa chiusura nei confronti del matrimonio del transessuale, basandosi su criteri biologici per determinare l'appartenenza sessuale della persona, pur con alcune aperture da parte della Commissione. In particolare la Corte di Strasburgo, basandosi su una nozione tradizionale di matrimonio, delegava agli Stati membri la scelta di consentire l'apertura al matrimonio a seguito del mutamento di genere affermando che «*attachment to the traditional concept of marriage provides sufficient reason for the continued adoption of biological criteria for determining a person's sex for the purposes of marriage, this being a matter encompassed within the power of the Contracting States to regulate by national law the exercise of the right to marry*»[8].

A partire dal caso *Goodwin*[9] si è verificato invece un sostanziale *revirement* giurisprudenziale che ha portato all'affermazione della necessità di applicare l'art. 8 Cedu sul diritto alla vita privata e familiare a tale ipotesi affermando la sussistenza in capo ai transessuali del "*right to establish details of their identity as individual human beings*"[10] .

Nel caso di specie il soggetto ricorrente era una persona transessuale passata, grazie a un'operazione chirurgica, dal sesso maschile a quello femminile. Questi denunciava la violazione della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo con riferimento a vari aspetti relativi allo *status* dei transessuali nel Regno unito: dalla possibilità di contrarre matrimonio, al trattamento nei settori della sicurezza sociale,

---

dei diritti dell'Uomo, approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che indica la famiglia quale «nucleo naturale e fondamentale della società» sancendo il diritto di uomini e donne in età adatta «di sposarsi e fondare una famiglia». La formulazione ivi utilizzata consentirebbe di ritenere comprese nel concetto di famiglia, in via interpretativa, anche le unioni fra persone di sesso diverso: infatti la dichiarazione non contiene una definizione del matrimonio quale vincolo fra uomo e donna, ma adotta la sopra citata formulazione del diritto a sposarsi attribuito agli appartenenti ad entrambi i sessi (testo riprodotto nella traduzione del *United Nations Department of Public Information*). In realtà la frase di chiusura «senza limiti di razza, cittadinanza o religione» lascia la libertà agli Stati di porre limiti nel caso di sesso (identico) dei nubendi. Per un commento sulla relazione dell'art. 16 con l'ordinamento italiano cfr. L. Barbiera, *L'umanizzazione del diritto di famiglia*, in *Rassegna di diritto civile*, 1992, pp. 259 ss. Per approfondimenti ad ampio spettro sulla tutela della famiglia nel diritto internazionale pattizio cfr. R. Pisillo Mazzeschi, *La protezione della famiglia nel quadro degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1995, pp. 262 ss.

7 Si tratta precisamente dei casi 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno unito*; 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno unito*; *X, Y e Z c. Regno unito*, n. 21830/93; 30 luglio 1998, *Sheffield e Horsham c. Regno unito*.

8 Si veda la sentenza *Cossey* (Corte Edu, 27 settembre 1990, par. 46). Per una critica di questo orientamento giurisprudenziale si veda M. Winkler, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, n. 3, pp. 571 ss.

9 La sentenza *Goodwin* (Corte Edu, Grande camera, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno unito*), ha poi spinto il Regno unito ad adottare una riforma legislativa tramite il *Gender Recognition Act* del 2004, entrato in vigore il 4 aprile del 2005. In base a questa legge la persona transessuale (indipendentemente dal fatto di essersi sottoposta ad una operazione chirurgica per mutare sesso) può chiedere un «certificato di riconoscimento del genere» a seguito del quale le vengono riconosciuti quasi interamente i diritti del sesso acquisito. Su questi aspetti si rinvia anche all'analisi della situazione del Regno unito svolta dall'Avvocato generale Jacobs nelle conclusioni del 15 dicembre 2005 nella causa C-423/04, *Richards*. In questo caso il problema sorge in quanto il Regno unito rifiuta di riconoscere «il diritto alla pensione prima del compimento del 65o anno di età a un transessuale passato dal sesso maschile a quello femminile, nel caso in cui tale persona avrebbe avuto diritto alla pensione al compimento del 60o anno se fosse stata considerata come donna sotto il profilo del diritto nazionale» (punto 46 delle conclusioni). La corretta interpretazione dell'art. 4, n. 1, della direttiva n. 79/7/CEE (*Direttiva (CEE) n. 79/7 del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale*, in *GUCE*, L 6 del 10 gennaio 1979, p. 24 ss.) osta, secondo l'opinione dell'Avvocato generale, ad una previsione di questo tipo. La Corte si è pronunciata con sentenza 27 aprile 2006, in *Raccolta*, p. I-3585, confermando le conclusioni dell'Avvocato generale. Per approfondimenti v. L. Tomasi, *La tutela degli status familiari*, Padova, 2007, p. 187.

10 Corte Edu, *Goodwin*, cit., par. 90.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

dell'occupazione e delle pensioni. La Corte di Strasburgo ha constatato la violazione degli artt. 8 e 12 della Cedu, affermando che il mancato riconoscimento giuridico del mutamento di sesso aveva conseguenze rilevanti in violazione del rispetto alla vita privata con riferimento al problema delle pensioni e dell'età pensionabile, così come la negazione del diritto al matrimonio con persone di sesso opposto a quello acquisito rappresentava una violazione dell'art.12[11].

Sempre su questa scia si colloca la successiva pronuncia nel caso *Grant*[12], nel quale si è affermata la necessità di procedere altresì a tenere in considerazione detto mutamento di genere al fine di applicare alla ricorrente i vantaggi sociali che ne derivano (nel caso di specie un abbassamento dell'età pensionabile). La Corte ha ritenuto sussistere la violazione dell'art. 8 della Cedu col conseguente diritto della ricorrente ad ottenere un risarcimento dei danni per il periodo decorso dall'adozione della sentenza *Goodwin* all'entrata in vigore del *Gender Recognition Act* che modificava la normativa britannica.

Si tratta quindi di pronunce che riconoscono il diritto ad una tutela dell'identità di genere e delle conseguenze che ne derivano, giurisprudenza che giunge ad affermare la necessità di garantire l'accesso al matrimonio, da parte degli interessati, con persone di genere diverso da quello attribuito a seguito del completamento del percorso di variazione. Il tutto alla luce del fatto che le norme nazionali in questione (al tempo) prevedevano la possibilità di contrarre matrimonio solo a persone di sesso opposto.

Purtroppo queste pronunce, pur di interesse per il problema della tutela dell'identità sessuale in generale, non sembrano essere di aiuto alla definizione del caso corrente nel quale il quesito non è relativo all'accesso al matrimonio successivo al mutamento, bensì alla permanenza del vincolo matrimoniale già in essere *nonostante* il mutamento. È vero però che l'approccio evolutivo e non cristallizzato nel tempo della giurisprudenza di Strasburgo lascia aperta la strada a successive future evoluzioni anche per quel che riguarda la tematica oggetto della presente analisi.

3. b) Il caso *H. c. Finlandia*: analogie e diversità rispetto alla situazione italiana

Più specificamente sul profilo di nostro interesse la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha avuto occasione di pronunciarsi solo recentemente e con riferimento ad un quadro normativo drasticamente diverso rispetto a quello italiano. La questione verteva infatti sulla normativa finlandese (sentenza nota come *H.c. Finlandia* del 13 novembre 2012, n. 37359/09[13], attualmente oggetto di ricorso alla *Grande Chambre*) che pur non ammettendo il matrimonio fra persone dello stesso sesso prevede la possibilità per queste di unirsi in un partenariato registrato (*civil partnership*) grazie al quale agli stessi sono riconosciuti diritti largamente simili a quelli della coppia coniugata. Proprio alla luce di tale quadro normativo la Finlandia prevede, quale effetto del mutamento anagrafico di sesso, lo scioglimento del matrimonio e la sua automatica "trasformazione" in *partnership*. Secondo la Corte di Strasburgo la scelta del legislatore finlandese deve considerarsi rispettosa delle norme Cedu (artt. 8, 12 e anche art. 14 sul divieto di discriminazioni, che la parte ricorrente riteneva essere stato violato) in quanto attua un corretto bilanciamento fra l'esigenza di mantenere in essere la vita familiare e la non apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso, scelta consentita e rispettosa delle norme Cedu, come confermato dalla giurisprudenza nel caso *Schalk und Kopf* che analizzeremo più avanti.

Nel caso *H. c. Finlandia* il problema era sorto in quanto la moglie del soggetto che aveva subito il mutamento di sesso si era opposta alla trasformazione del matrimonio in partenariato, trasformazione senza la quale la normativa finlandese rendeva impossibile l'introduzione della modifica di sesso nei registri anagrafici (e in particolare l'attribuzione di un "codice di identità" femminile[14]). La Corte suprema amministrativa finlandese aveva ritenuto che la soluzione adottata dal diritto di tale Stato (iscrizione del

11 Sulla sentenza *Goodwin*, per un commento esaustivo, vedi B. Verschraegen, *The Right to Private Life and Family Life, the Right to Marry and to Found a Family, and the Prohibition of Discrimination*, in *Legal Recognition of same-sex couples in Europe*, K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), Antwerp-Oxford-New York, 2003, pp. 194 ss.

12 Corte Edu, 23 maggio 2006, *Grant c. Regno unito* (semplice, ma curioso, caso di omonimia rispetto al caso Grant affrontato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee), nella quale un cittadino britannico sottopostosi a mutamento del sesso, che si era visto negare il diritto ad ottenere la pensione all'età prevista per le donne, a causa del mancato riconoscimento della trasformazione da uomo a donna, ha ottenuto un risarcimento dei danni per violazione dell'art. 8 della Cedu.

13 Ora nota anche col nome completo *Hämäläinen*, che originariamente era stato mantenuto riservato.

14 Si tratta, a quanto è dato ricavare dalla sentenza, di un codice identificativo previsto dalla normativa nazionale, similmente a quanto avviene in Italia col codice fiscale, dal quale si può anche desumere l'appartenenza al genere maschile o femminile del soggetto.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

mutamento nei registri solo col consenso del coniuge e conseguente trasformazione *ex lege* in *civil partnership*) fosse da considerarsi rispettosa del diritto alla vita privata e familiare, sottolineando la necessità di ricorrere all'intervento legislativo ove si volesse consentire il matrimonio «unigenere»[15].

La Corte di Strasburgo, chiamata a valutare l'eventuale sussistenza di una violazione dei diritti fondamentali, coglie l'occasione per confermare che, pur avendo alcuni Stati membri esteso il matrimonio a persone dello stesso sesso, questa scelta *"reflects their own vision of the role of marriage in their societies and does not flow from an interpretation of the fundamental right as laid down by the Contracting States in the Convention in 1950*" sottolineando anche come "*according to its case-law, Article 12 does not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage. Nor can Article 8, a provision of more general purpose and scope, be interpreted as imposing such an obligation*".

La mancata attribuzione di un "codice di identità" femminile determina, secondo la Corte, una violazione del diritto alla vita privata e familiare, mediante una misura imposta per legge e finalizzata alla tutela dei diritti di altri soggetti, nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 8, II comma della Cedu: si tratta inoltre di una misura che la Corte ritiene proporzionata in quanto nel caso di specie non veniva imposto il divorzio, come invece sostenuto dalla ricorrente, proprio perché la legge consentiva di mantenere in essere il vincolo familiare pur nella sua trasformazione quale partnership, il divorzio essendo quindi solo una delle strade percorribili, nel caso di mancato consenso del coniuge alla trasformazione in *civil partnership* e nel presupposto che la ricorrente non preferisse invece mantenere in essere il matrimonio, soluzione che poteva scegliere purché accettasse di non modificare il suo "codice di identità" (il nome e altri documenti come la patente erano già stati modificati in precedenza). Il tutto senza che i diritti del figlio nato dal precedente matrimonio subissero alcun peggioramento.

La Corte Edu non affronta il quesito relativo all'art. 12, ossia alla violazione del diritto di sposarsi, che ritiene non applicabile nel caso di specie sulla base del già esistente matrimonio, ritenendo invece insussistente la violazione dell'art. 14 sul divieto di discriminazioni in quanto la sussistenza di una discriminazione è subordinata alla valutazione di due situazioni analoghe, mentre la situazione della richiedente, secondo la Corte, non era paragonabile alla situazione di *non-transgender persons* e *unmarried transgender persons*, punto sul quale conclude con l'affermazione in base alla quale l'art. 14 congiuntamente all'art. 8 non può essere interpretato "*as imposing an obligation on Contracting States to grant same-sex couples a right to remain married*".[16]

È evidente che nel caso finlandese l'esistenza dell'istituto della "*civil partnership*", che garantisce ai soggetti che vi partecipano diritti e doveri assimilabili al matrimonio, come altresì riconosciuto dalla stessa Corte di Strasburgo nella sentenza *H. c. Finlandia*, porta al riconoscimento a favore degli ex-coniugi di una continuità della loro situazione giuridica che non trova analogo riscontro nel nostro ordinamento. Tutto ciò può portare a chiedersi se la soluzione fornita dalla Corte Edu nel caso finlandese non possa leggersi in realtà come una riprova dell'esistenza di una violazione dei diritti nel caso italiano, ove non esiste una analoga tutela della già esistente famiglia a seguito dello scioglimento del matrimonio, non essendo stato ancora ad oggi introdotto nel nostro ordinamento, nonostante i vari tentativi susseguitisi nel tempo, alcun modello di partenariato registrato.

Non sembra sufficiente a superare questa lacuna il ragionamento svolto dalla Corte di cassazione[17],

---

15 Si veda la decisione della Corte suprema amministrativa finlandese (*Korkein hallintooikeus*), 13 febbraio 2009, *KHO 2009:15*, che ha dato origine al ricorso alla Corte di Strasburgo. Per alcuni cenni sul punto vedi *Reflets*, 2009, n. 2, p. 9 ss. Nel caso in questione il quesito sorgeva circa il rifiuto di iscrivere nei registri di stato civile il mutamento di sesso da parte di uno dei coniugi, a seguito del quale i due coniugi si trovavano ad avere lo stesso genere. D'altronde la normativa finlandese prevede anche che nel caso contrario, ossia preesistente *civil partnership* e successivo mutamento di sesso di uno dei due partner, detta *civil partnership* sia trasformata *ex lege* in matrimonio.

16 Il tutto richiamandosi sul punto la precedente giurisprudenza della stessa Corte europea dei diritti dell'Uomo, e in particolare, oltre al caso *Goodwin*, il caso 12 giugno 2003, *Van Kück c. Germania*; 23 maggio 2006, *Grant c. Regno unito*; 11 settembre 2007, *L. c. Lituania*, par. 56.

17 La vicenda sorge dal Tribunale di Latina che con decreto 10 giugno 2005 (in *Foro italiano*, 2006, I, col. 287) aveva confermato il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile alla trascrizione di tale matrimonio affermando l'inesistenza giuridica di tale istituto nel nostro ordinamento e la sua contrarietà all'ordine pubblico internazionale, con decisione confermata dalla Corte di appello di Roma il 13 luglio 2006, in *Guida al diritto*, 2006, fasc. 35, p. 55, con nota di F. Bilotta. Per un commento alla decisione del Tribunale di Latina vedi P. Schlesinger, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 415 ss.; in senso particolarmente critico sulla pronuncia vedi M. Bonini Baraldi, *Il matrimonio fra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 418 ss.; F. Bilotta, *Matrimonio (gay) all'italiana*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, p. 91 ss.. Su tale pronuncia vedi anche M. Casini, M.L. Di Pietro, *Il matrimonio tra omosessuali non è un vero matrimonio*, A. Sinagra, *Matrimonio omosessuale validamente celebrato all'estero ed ordine pubblico italiano*, A. Galizia Danovi, *Sull'inesistenza e non trascrivibilità del matrimonio per identità di sesso*, tutti in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2006, II, rispettivamente p. 605 ss., p. 622 e pp. 633 ss.. Sul punto vedi anche B. Nascimbene, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, 2011, pp. 120 ss.. Da ultimo è intervenuta sul punto la Corte di cassazione con la sentenza 15 marzo 2012, n. 4184, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 665, che ha confermato la decisione della

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

che nella sentenza del 15 marzo 2012 ha affermato che la relazione della coppia dello stesso sesso rientra nella vita familiare e come tale deve essere tutelata (come d'altronde accade per la coppia eterosessuale, parimenti convivente) a prescindere dall'impossibilità di accedere all'istituto del matrimonio affermando che gli stessi possono far valere (in specifiche situazioni) il diritto a un trattamento omogeneo a quello assicurato alle coppie coniugate. Secondo la Corte di cassazione si tratterebbe quindi non di parificare il trattamento fra coppia eterosessuale e coppia omosessuale unite in matrimonio (essendo quest'ultimo legame, allo stato attuale dell'evoluzione normativa, non riconoscibile in Italia), bensì fra coppia sposata e coppia di fatto (etero od omosessuale), avendo quest'ultima, in certi settori, diritto ad ottenere pari tutela, come già più volte riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale[18]. La necessità di garantire adeguata tutela alle famiglie di fatto e la circostanza che tale tutela sia stata spesso (ma non sempre) garantita in via giurisprudenziale non consente ad oggi di ritenere che il passaggio da coppia sposata a coppia semplicemente convivente non porti ad un attenuamento dei diritti riconosciuti e ad una conseguente modifica (in peggio) del livello di tutela riconosciuto al legame affettivo, modifica che potrebbe portare a ritenere esistente una violazione dell'art. 8 della Cedu sulla tutela della vita familiare.

Tornando alla comparazione con la pronuncia della Corte Edu è poi necessario sottolineare come i ricorrenti nel caso di finlandese, non soddisfatti della risposta loro fornita nella sentenza in esame, abbiano promosso ricorso alla *Grand Chambre* della stessa Corte Edu, la quale non si è ancora pronunciata, essendo quindi ancora aperta la possibilità per la Corte stessa di modificare detto orientamento nel senso di ritenere anche la stessa normativa finlandese non sufficiente a garantire la tutela dei diritti fondamentali nel punto in cui non consente il mantenimento in essere del matrimonio.

Tralascio qui, invece, di dilungarmi sulle pronunce intervenute a livello costituzionale nazionale in due altri Stati membri (Germania e Austria), pronunce sulle quali ci sarà certo occasione di approfondimento in altri contributi, se non per sottolineare come dette Corti siano giunte a valutare la necessità di introdurre nei rispettivi ordinamenti una clausola di mantenimento dell'unione matrimoniale anche a seguito del mutamento di sesso anche traendo ispirazione dalle fonti internazionali, seppure con argomentazioni in larga parte basate sul diritto interno[19].

Quanto all'impostazione del quesito da parte della Corte di cassazione, ritengo particolarmente interessanti gli spunti che la Suprema Corte offre alla Corte costituzionale per affrontare la questione senza con ciò intaccare la sua precedente pronuncia sull'accesso al matrimonio da parte di persone dello stesso sesso (Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138[20]), nell'ambito della quale, a seguito dell'analisi del quadro internazionale (e in particolare europeo) esistente era stata sottolineata la necessità dell'intervento riformatore del legislatore.

La stessa Corte di Strasburgo quando è stata richiesta di pronunciarsi sul matrimonio fra persone dello stesso sesso (caso *Schalk e Kopf c. Austria*), è giunta ad affermare la non violazione degli artt. 12 (diritto al matrimonio), 14 (divieto di discriminazioni) e 8 (tutela della vita familiare), pur procedendo contestualmente ad una interpretazione estensiva dell'art. 12 Cedu, alla luce dell'art. 9 della Carta dei

---

Corte di appello.

18 Ad esempio la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 932 nella parte in cui non prevedeva la legittimazione del convivente a subentrare nel contratto di locazione al momento della morte del conduttore (sentenza 7 aprile 1988, in *Foro italiano*, 1988, I, col. 2515). Per un excursus su questa giurisprudenza si rinvia a S. Rossi, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*. Più in generale sulla tutela della famiglia di fatto nell'ordinamento giuridico italiano si rinvia per approfondimenti a L. Balestra, *La famiglia di fatto*, in *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, M. Sesta, V. Cuffaro (a cura di), Napoli, 2006, pp. 482 ss.

19 Cfr. A. Schuster, Quid est matrimonium? *Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, p. 33 ss.

20 La Corte costituzionale si è pronunciata con sentenza 14 aprile 2010, n. 138 dichiarando inammissibili le questioni relative agli artt. 2 e 117 (e infondate le altre) ritenendo l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea quale conferma dell'esistente discrezionalità sul tema in capo al Parlamento nazionale. Sul punto, per il dibattito sorto sul punto in pendenza del ricorso, si vedano gli atti e i documenti del seminario *La «società naturale» e i suoi «nemici»* svoltosi il 26 febbraio 2010 presso l'Università di Ferrara, reperibili in www.amicuscuriae.it. Per un'analisi approfondita e circostanziata vedi E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pp. 1238 ss. e, per i profili di diritto dell'Unione europea, B. Nascimbene, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali, orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia*, in *Corriere Giuridico*, 2010, p. 101 ss. Sulla nozione di matrimonio e di unione registrata come definita dalla giurisprudenza dell'Unione europea e in particolare sulla pronuncia della Corte costituzionale ci si permette di rinviare a E. Bergamini, *La famiglia nel diritto internazionale privato dell'Unione europea: i recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di unioni di fatto e registrate*, in *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli. Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, L.S. Rossi, E. Baroncini (a cura di), Napoli, 2010, e Ead., *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 57 ss. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a B. Nascimbene, *Divorzio*, cit., in particolare p. 122 ss.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

diritti fondamentali dell'Unione europea[21], affermando che tale articolo non deve considerarsi limitato ai matrimoni fra persone di sesso diverso, pur sussistendo, come d'altronde riconosciuto dallo stesso art. 9, la libertà per gli Stati di scegliere se prevedere o meno tali tipologie di unioni nel proprio ordinamento nazionale[22].

Se in questa ipotesi la Corte riconosce in capo alle coppie omosessuali la sussistenza di una vera e propria «vita familiare» ai sensi dell'art. 8 Cedu e non più soltanto di una «vita privata», a maggior ragione tale nozione di vita familiare deve ritenersi sussistente in un caso come quello oggi sottoposto all'esame della Corte costituzionale, nel quale la vita matrimoniale ha avuto modo di sussistere per un lungo periodo di tempo. D'altronde la circostanza che l'art. 8 tuteli quale esempio di vita familiare anche le relazioni di fatto tra due persone è confermata dalla recente pronuncia del 3 aprile 2012 della *Grand Chambre* della Corte di Strasburgo nella causa *Van der Heijden c. Paesi Bassi*, nella quale la Corte però sottolinea come ciò non comporti l'obbligo per gli Stati di procedere ad una equiparazione fra coppie unite in matrimonio (o che comunque abbiano concluso un'unione registrata) e coppie di fatto[23], in particolare nel momento in cui alla coppia stessa è stata data la possibilità all'interno di quell'ordinamento di accedere sia all'istituto del matrimonio che a quello della *registered partnership*.

Sotto il profilo del divieto di discriminazioni si può poi sottolineare come la Corte di Strasburgo abbia avuto modo di pronunciarsi recentemente circa la violazione dell'art. 14 Cedu per il caso in cui uno Stato decida di prevedere la categoria delle unioni civili registrate ma di limitarne l'utilizzo alle sole coppie eterosessuali (caso *Vallianatos e a. c. Grecia*)[24]. La pronuncia della Corte sul punto sancisce l'obbligo a carico degli Stati che al loro interno prevedono tali istituti di aprirne l'accesso a tutte la tipologie di coppie, a prescindere dall'orientamento sessuale, senza però prevedere un pari obbligo a carico degli Stati con riferimento all'istituto del matrimonio.

Alla luce di quanto sopra riportato si deve quindi rilevare che ove la questione in esame venisse assimilata al più generale quesito dell'accesso del matrimonio da parte di persone dello stesso sesso la risposta della Corte costituzionale difficilmente potrebbe discostarsi dal suo precedente e da quelli proposti dalla stessa Corte europea dei diritti dell'Uomo che delineano la non obbligatorietà di tale Istituto per gli Stati membri. La diversità della situazione in esame è però evidente se si pensa che il caso è relativo ad una famiglia già costituita e riconosciuta come tale sin dalla sua genesi nell'ordinamento italiano, famiglia che verrebbe privata della tutela alla stessa riconosciuta mediante un provvedimento della pubblica autorità, in assenza di una possibilità di ottenere una adeguata tutela alternativa e quindi in potenziale violazione dell'art. 8 della Cedu.

21 Per considerazioni e approfondimenti sull'art. 9 della Carta di Nizza si rinvia al paragrafo successivo.

22 Corte Edu, 22 novembre 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 61, in www.echr.coe.int. Si vedano sul punto R. Conte, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Corriere Giuridico*, 2011, pp. 573 ss.; Id., *Convergenze (inconsapevoli… o naturali) e contaminazioni tra giudizi nazionali e Corte Edu: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, *ivi*, pp. 589 ss.; M. Winkler, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, pp. 1148 ss.

23 Nel caso in questione si discuteva della possibilità di rifiutarsi di testimoniare contro il proprio partner in un procedimento penale, possibilità che il diritto dei Paesi Bassi riservava solo ai coniugi o ai partner di unione registrata. La Corte ribadisce che "*the notion of 'family life' in Article 8 is not confined solely to families based on marriage and may encompass other de facto relationships*" sottolineando che "*When deciding whether a relationship can be said to amount to 'family life', a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means*". Sempre su questi aspetti si veda anche la sentenza della stessa Corte del 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*, nella quale la Corte nega l'esistenza di un diritto all'adozione da parte della figlia biologica di una delle due componenti della coppia dello stesso sesso che abbia concluso un PACS da parte della partner della madre biologica. Per un commento critico e per approfondimenti si rinvia a A. Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 10 aprile 2012.

24 Corte Edu (Grande camera), 7 novembre 2013. La Corte Edu in particolare ha ritenuto che la normativa greca violasse il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8) e il divieto di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale (art. 14) della Cedu.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

4. L'Unione europea e l'applicazione del principio di non discriminazione a seguito del mutamento dell'attribuzione anagrafica di sesso

Per quel che riguarda il diritto dell'Unione europea la trattazione sarà necessariamente più sintetica trattandosi in larga parte di pronunce che, pur rivestendo un notevole interesse sul generale profilo della non discriminazione, intervengono su aspetti drasticamente diversi rispetto a quello oggetto della presente analisi.

Oltre alle considerazioni già esposte all'inizio della presente trattazione, non si può scordare che il diritto dell'Unione europea (e prima quello comunitario) intervengono ancora oggi principalmente nei settori oggetto dell'integrazione economica, non avendo l'Unione europea stessa una generale competenza in tema di tutela dei diritti fondamentali, e ciò non può dirsi variato neanche a seguito dell'attribuzione di valore giuridico vincolante alla "Carta di Nizza" la quale comunque trova applicazione solo alle situazioni che abbiano "rilevanza comunitaria" e non a situazioni meramente interne, relative a materie nelle quali la competenza spetta in via esclusiva agli Stati, come avviene ancora oggi per quanto riguarda certi aspetti del diritto di famiglia.

Infatti le tematiche relative all'accesso al matrimonio, così come quelle relative ai registri di stato civile[25] (salvo che per gli aspetti del loro aggiornamento a seguito dello scioglimento del matrimonio sulla base delle previsioni del regolamento 2201/2003[26]), sono sempre restate nell'ambito della competenza esclusiva degli Stati membri[27].

Sotto questo profilo si deve ricordare come la Corte di giustizia avesse avuto modo di pronunciarsi in tema di trattamento lavorativo del soggetto che si è sottoposto ad una operazione di mutamento di sesso già nel 1996, nel caso *P. c. S. e Cornwall County Council,* nel quale, pur in assenza di norme specifiche, la Corte aveva ritenuto discriminatorio il licenziamento posto in essere da un istituto inglese nei confronti del proprio dipendente[28]. Diverse sono le conclusioni a cui giunge la Corte nel caso *K.B.* nel quale le viene offerta la possibilità di pronunciarsi per la prima volta sull'impossibilità di concedere una pensione di reversibilità al convivente nel caso di coppia che si trovi nell'impossibilità giuridica di sposarsi, in una ipotesi quindi che ricalca quella già analizzata dalla Corte Edu nel caso *Goodwin*. Questa impossibilità derivava infatti dal divieto inglese di modificare la propria situazione anagrafica nell'ipotesi in cui la persona si sottoponesse ad un mutamento delle caratteristiche sessuali. La coppia in questione, pertanto, pur essendo formata da un uomo e da una donna, risultava ufficialmente formata da due donne e pertanto non poteva unirsi in matrimonio. Proprio questo elemento di impossibilità giuridica (in merito alla cui legittimità la Corte non ha modo di pronunciarsi essendo l'accesso al ma-

25 Su queste ultime il diritto dell'Unione europea interviene se ed in quanto si verifichino questioni attinenti alla libera circolazione e, anche in questi casi, in maniera consistentemente limitata, il tutto come anche risultante dal Libro Verde, *Meno adempimenti amministrativi per i cittadini. Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile*, Bruxelles, 14 dicembre 2010, COM(2010) 747 def. nel quale la Commissione riconosce che «[l]e questioni di stato civile non sono una novità per il legislatore europeo, che ha previsto una serie di diritti a favore dei cittadini europei nelle fonti primarie e secondarie. L'Unione ha già affrontato questioni attinenti allo stato civile, in particolare in materia matrimoniale. […]Tuttavia, gli strumenti di diritto derivato messi a punto dall'Unione sono ancora molto mirati, non esistendo a oggi norme generali in materia di riconoscimento di situazioni connesse allo stato civile create in un altro Stato membro». Sul punto si veda anche la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che promuove la libera circolazione di cittadini e imprese semplificando l'accettazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (Ue) n. 1024/2012" COM (2013)228 def.. che semplifica alcuni aspetti formali della circolazione dei documenti pubblici, pur non applicandosi al riconoscimento del contenuto degli stessi, il tutto con la finalità di incidere comunque positivamente sul diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare e sul diritto di sposarsi e di costituire una famiglia.

26 Ue, *Regolamento 2201/2003/CE sulla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *GUUE*, L 338 del 23 dicembre 2003, pp. 1 ss. Sul punto, all'interno della copiosa dottrina, vedi B. Nascimbene, *Sezione IV: divorzio e diritto internazionale privato*, in *Lo scioglimento del matrimonio*, G. Bonilini, F. Tommaseo (a cura di), Milano, II ed., 2010, pp. 217 ss. e Id., *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, 2011, pp. 69 ss. Sul punto vedi anche ai contributi in S.M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008 e i commenti di M.C. Baruffi, C. Ricci, R. Cafari Panico, L. Tomasi, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, A. Zaccaria (a cura di), Padova, 2008, pp. 2450 ss. e di E. Bergamini in *Codice della famiglia*, M. Sesta (a cura di), cit., tomo III, pp. 4708 ss.

27 Per approfondimenti sull'evoluzione conseguente al Trattato di Lisbona nel settore qui in esame v. S.M. Carbone, C. Tuo, *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 301 ss.

28 Corte di giustizia Ue, 30 aprile 1996, C-13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council*, in *Raccolta*, pp. I-2143 ss.. Su questa pronuncia cfr. L. Flynn, *Comments*, in *Common Market Law Review*, 1997, pp. 367 ss. e P. Pallaro, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, pp. 609 ss..

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

trimonio materia, come già detto, non rientrante nella competenza comunitaria) ha portato la Corte a pronunciarsi nel senso della possibile esistenza di una discriminazione *ex* art. 141 TCE[29], contrariamente a quanto era accaduto nelle ipotesi di coppie semplicemente conviventi[30].

Salvo per i precedenti sopra indicati, le altre pronunce della Corte di giustizia relative al matrimonio fra persone dello stesso sesso sono cause nelle quali il problema si poneva per coppie formate *ab origine* da persone dello stesso sesso, mentre nel caso *K.B.* non si trattava di garantire una forma di tutela giuridica alla convivenza *same-sex*, bensì di evitare che nascesse una discriminazione dall'impossibilità di contrarre matrimonio fra due persone divenute di sesso diverso. Infatti vale la pena ricordare che a partire dal caso *Reed*[31], la Corte ha sempre evitato di pronunciarsi a favore del riconoscimento di diritti speciali ai conviventi, se non ove uno Stato riconoscesse questi diritti ai propri cittadini e li negasse invece alle coppie conviventi aventi cittadinanza di un altro Stato membro. Nel caso *K.B.* la Corte giunge quindi ad affermare che il trattamento sfavorevole riservato alla coppia derivava unicamente dall'operazione di attribuzione di un nuovo genere subita da uno dei due e pertanto costituiva una discriminazione diretta fondata sul sesso, che deve ritenersi vietata alla luce della normativa comunitaria e della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

La pronuncia non contrasta con la soluzione raggiunta dalla Corte in altre pronunce, come ad esempio nel caso *Grant*[32]. In questo, infatti, la coppia in questione si trovava nell'impossibilità giuridica di contrarre matrimonio, ma era composta da due persone dello stesso sesso, circostanza che, in mancanza di una posizione uniforme a livello comunitario, non è stata dalla Corte ritenuta meritevole di ricevere una tutela.

5. L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali quale parametro di ordine pubblico

Se la giurisprudenza della Corte di giustizia non fornisce quindi spunti di particolare interesse per la soluzione del caso qui in esame, non resta che vedere se maggiore utilità possa rivestire il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e in particolare al suo articolo 9. A tale riguardo si deve innanzitutto sottolineare che si tratta di una norma, seppure richiamata espressamente dalla Corte di cassazione nell'ordinanza di rinvio di cui ci occupiamo, la cui portata applicativa è stata spesso sopravvalutata dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana. Se è vero infatti che la struttura dell'articolo, affermando in generale che ognuno ha il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, è ovviamente aperta alla tutela di modelli matrimoniali diversi da quello eterosessuale, l'articolo è chiaro nel riferirsi al rispetto delle normative nazionali che restano impregiudicate[33] e non sembra quindi ammissibile pro-

29 L'art. 141, già articolo 119 TCE, ora articolo 157 TFUE, prevede il principio di pari retribuzione per pari lavoro tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile. Secondo il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza 7 gennaio 2004, C-117/01, K.B., in *Raccolta*, p. I-541 (punto 36) "L'art. 141 CE osta, in linea di principio, ad una legislazione che, in violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, […] impedisce ad una coppia […] di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro".

30 Per un commento vedi I. Canor, *Case C-117/01 K.B.*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 113, ss.; L. Tomasi, *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 977 ss.; E. Battaglia, *Sesso e orientamento sessuale nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza K.B. c. Regno unito*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2004, pp. 599 ss.. Per approfondimenti sugli *spousal benefits*, alla luce della tutela dei diritti fondamentali v. L. Tomasi, *La tutela degli* status *familiari*, cit., p. 187.

31 Corte di giustizia Ue, 17 aprile 1986, causa 59/85, *Reed*, in *Raccolta*, p. 1283. Per un commento vedi P. Mori, *Il diritto di soggiorno del compagno non coniugato del lavoratore comunitario: coniuge in senso lato o «vantaggio sociale»?*, in *Giustizia civile*, 1987, pp. 1364 ss.

32 Corte di giustizia Ue, 17 febbraio 1998, C-249/96, *Grant*, in *Raccolta*, pp. I-621 ss. Su di essa cfr. I. Connor, *Community Discrimination Law: No Right to Equal Treatment in Employment in Respect of Same Sex Partner*, in *European Law Review*, 1998, pp. 378 ss.; J. Mcinnes, *Case C-249/96, Lisa Jacqueline Grant v. South West Trains Ltd, Judgment of the Full Court of 17 February 1998*, in *Common Market Law Review*, 1999, pp. 1017 ss.

33 L'art. 9 della Carta sancisce testualmente che «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio», senza contenere menzioni circa il sesso (identico od opposto) dei nubendi. Sui problemi di qualificazione delle unioni omosessuali e sulla questione dei loro riconoscimenti in altri Stati si rinvia a G. Rossolillo, *Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, pp. 363 ss. Sul punto vedi anche B. Guiguet, *Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe*, in *Cahier de droit européen.*, 1999, pp. 537 ss.; C. Forder, *Riconoscimento e regime*

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

cedere ad una sua lettura orientata nel senso dell'obbligatorietà per gli Stati di riconoscere le famiglie *same-sex*.

Secondo la spiegazione del *Presidium* che ha elaborato la Carta, l'art. 9 «non vieta, né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni fra persone dello stesso sesso» e quindi, come già a suo tempo sancito dalla Corte di giustizia nel caso *D. e Regno di Svezia c. Consiglio*[34], non sorge un obbligo, a carico dell'Unione europea e degli Stati, ad equiparare le unioni omosessuali registrate al matrimonio[35], come d'altronde sottolineato a suo tempo anche dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 14 aprile 2010. Anche a seguito dell'attribuzione di valore giuridico vincolante alla Carta dei diritti fondamentali, avvenuta grazie al Trattato di Lisbona[36] - circostanza che certamente ne garantisce gli effetti nel momento in cui la stessa debba essere applicata alle istituzioni e organi dell'Unione europea, nonché agli Stati membri (ma solo quando si ricada nell'attuazione del diritto dell'Unione) - i contenuti dell'articolo in questione non possono dirsi variati.

Al di fuori delle considerazioni di cui sopra circa l'inesistenza di un obbligo in capo agli Stati di procedere in tal senso, resta ovviamente rilevante, seppure priva di effetti vincolanti, l'esortazione effettuata già in più occasioni dal Parlamento europeo, che spesso si è fatto portavoce di esigenze di tutela dei diritti fondamentali, circa l'opportunità per gli Stati membri di riconoscere "alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali" e di adeguare "le proprie legislazioni per introdurre la convivenza registrata tra persone dello stesso sesso riconoscendo loro gli stessi diritti e doveri previsti dalla convivenza registrata tra uomini e donne"[37]. Si tratta di una sottolineatura circa l'opportunità di estendere la nozione di famiglia al di là del paradigma eterosessuale che trae il suo fondamento anche dalle esigenze di tutela della vita familiare in senso ampio, come sottolineate dall'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali[38].

Quanto poi all'affermazione fatta dalla Corte di cassazione nell'ordinanza di rinvio, in base alla quale l'eterosessualità del matrimonio non rappresenterebbe più un canone di ordine pubblico interno o internazionale, il rilievo dovrebbe essere dato non ad una eventuale imposizione di tale canone a livello sovranazionale in particolare da parte dell'Unione europea (che certamente non impone una chiusura sul punto, come sopra sottolineato), bensì all'affermazione di tale principio da parte della nostra giurisprudenza interna.

Sul punto è interessante notare come l'argomento della contrarietà all'ordine pubblico fosse stato a suo tempo «dimenticato» dalla Corte di cassazione nella pronuncia del 15 marzo 2012[39], che, come la

---

giuridico delle coppie omosessuali in Europa, in *Rivista critica di diritto privato*, 2000, pp. 107 ss.; e H. Toner, *Immigration Rights of Same-sex Couples in EC Law*, in *Legal Recognition*, K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), cit., pp. 178 ss.

34 Corte di giustizia Ue, 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P., in *Raccolta*, p. I-04319.

35 In questo senso vedi F. Vari, *Unità nella diversità: famiglia, unioni more uxorio e altre forme di convivenza tra principi costituzionali, suggestioni comparatistiche e diritto comunitario*, in *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello, tra Europa e Stati nazionali*, A. D'atena, P. Grossi (a cura di), Milano, 2004, pp. 209 ss. (in particolare pp. 239 ss.). In senso contrario vedi F. Bilotta, *Diritto e omosessualità*, in *I diritti della persona. Tutela civile, penale e amministrativa*, P. Cendon (a cura di), vol. I, Torino, 2005, pp. 375 ss.

36 Sulle conseguenze del Trattato di Lisbona relativamente al valore giuridico da attribuirsi alla Carta si rinvia fra i numerosi contributi in materia, ai seguenti approfondimenti: L. Daniele, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2008, pp. 655 ss.; L.S. Rossi, *Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'Ue*, in *Le Scommesse dell'Europa*, G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone (a cura di), Roma, 2009, pp. 84 ss.; R. Mastroianni, *I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, pp. 21 ss.; G. Di Federico, *Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and multi-level Protection after the Lisbon Treaty*, in *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, G. Di Federico (a cura di), London-New York, 2011, pp. 22 ss.; A. Rosas, H. Kaila, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice: un premier bilan*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, pp. 1 ss.; F. Benoît-Rohmer, *Droits fondamentaux: l'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne*, in *Revue trimestrielle de droit européen.*, 2011, pp. 145 ss.; G. Strozzi, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, pp. 837 ss.

37 Parlamento europeo, *Risoluzione sul rispetto dei diritti umani nell'Unione europea*, 16 marzo 2000, doc. A5-0050/2000 (punti 56 e 57). Già in una precedente risoluzione, dell'8 febbraio 1994, il Parlamento europeo aveva invitato la Commissione a proporre una raccomandazione sui diritti degli omosessuali finalizzata a eliminare «gli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni».

38 L'art. 33 della Carta, al primo comma, afferma in generale che "È garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale".

39 La Corte di cassazione afferma che l'intrascrivibilità nei registri di stato civile italiani del matrimonio fra persone dello stesso sesso contratto all'estero non deriva dalla contrarietà all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18 del D.p.r. n. 396/2000 (concetto che comunque i ricorrenti rifiutavano richiedendo una interpretazione della nozione di ordine pubblico basata sulla normativa internazionale esistente), bensì dalla non riconoscibilità dello stesso quale atto di matrimonio nell'ordinamento giuridico

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

stessa Corte di cassazione sembra dimenticare nell'attuale ordinanza di rinvio, tralascia di trarre conclusioni sia in senso positivo sia in senso negativo, ritenendolo forse non necessario alla luce del (nuovo) concetto di inidoneità a produrre effetti (anziché di inesistenza), concetto che la stessa desumeva anche alla luce della giurisprudenza *Schalk e Kopf*.[40]

6. Considerazioni conclusive

Senza voler diminuire la portata e la rilevanza della normativa esistente a livello europeo sul punto sembra quindi evidente che la questione non possa essere risolta unicamente tramite il riferimento ai precedenti giurisprudenziali esistenti in quanto non risulta possibile, stante la diversità di presupposti, procedere ad una applicazione analogica degli stessi.

La Corte Edu nella sentenza *H. c. Finlandia* infatti, nello spostare l'attenzione sul divieto di matrimonio fra persone dello stesso sesso esistente a livello nazionale e sul fatto che tale divieto è da ritenersi compatibile con le previsioni della Cedu, non affronta però la situazione di un ordinamento quale quello italiano nel quale non si prevedono ulteriori strumenti di tutela della vita familiare alternativi al matrimonio. Dobbiamo quindi ricordarci che nel caso oggetto della presente analisi non viene in gioco il divieto di matrimonio fra persone dello stesso sesso, già valutato dalla Corte costituzionale e sul quale non si chiede alla stessa di tornare a pronunciarsi, bensì una fattispecie diversa e particolare per la quale si pone evidentemente il problema di capire se le esigenze di tutela della famiglia già esistente debbano assumere rango tale da consentire anche una eccezione al divieto di matrimonio "ex novo" di cui sopra. Volendo leggere la situazione italiana alla luce della sentenza *H. c. Finlandia* non si può non sottolineare la diversità del quadro giuridico esistente nel nostro ordinamento e l'inesistenza di norme a livello nazionale che garantiscano efficacemente il rispetto dell'art. 8 Cedu sulla tutela della vita privata e familiare a seguito dello scioglimento del vincolo matrimoniale.

Infatti la normativa finlandese, stabilendo il passaggio alla *civil partnership* giungeva a tutelare ampiamente la coppia, mentre l'ordinamento italiano, non prevedendo istituti simili, rischia di venire meno alle esigenze di garanzia del diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu, previsione da leggersi non solo quale diritto alla creazione di una vita familiare *ex novo*, ma anche come diritto alla permanenza di una vita familiare già esistente. Il tutto volendo ritenere che la previsione di cui all'art. 2 della nostra Costituzione, la cui applicazione anche alle unioni omosessuali quali formazioni sociali meritevoli di tutela in specifiche situazioni è stata già affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza del 2010, (così come meritevoli di tutela sono state considerate in alcune situazioni, più in generale, le fattispecie di convivenza *more uxorio*) non possa garantire il livello di tutela necessario per rispettare gli standards imposti dalla Cedu.

Se l'Unione europea non è al momento dotata di strumenti per imporre agli Stati membri l'apertura al matrimonio *same-sex*, certamente la formulazione dell'art. 9 della Carta lascia aperta la possibilità per gli Stati di adottare posizioni di apertura anche limitatamente a certi profili (e quindi, ad esempio, al mantenimento del vincolo a seguito del mutamento di genere), come è avvenuto a seguito delle pronunce di altre Corti costituzionali in Paesi che, pur avendo un dettato normativo simile a quello italiano, hanno risolto il quesito oggi sottoposto all'attenzione della Consulta in senso favorevole ad una più ampia tutela della vita matrimoniale rifiutando quindi l'imposizione del divorzio quale unica strada per il rispetto del dettato costituzionale.

italiano. Per approfondimenti ci si permette di rinviare a E. Bergamini, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, pp. 263 ss..

40 Per una critica a tale nozione di inidoneità a produrre effetti vedasi F. Mosconi, C. Campiglio, *Il riconoscimento del matrimonio omosessuale alla luce di recenti pronunce*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2012, pp. 15 ss., i quali sottolineano come in realtà la sentenza *Schalk* e *Kopf* non abbia una portata tale da basare sulla stessa tale differenza di approccio, proprio in quanto l'art. 12 Cedu non è mai stato ritenuto quale un ostacolo alla previsione del matrimonio fra persone dello stesso genere negli Stati che lo consentono. Nel senso di considerare il passaggio dalla teoria dell'inesistenza a quella della inidoneità come un passo indietro sulla via del riconoscimento di tali matrimoni si rinvia a A. Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale*, cit.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

*Chiara Ragni**

Sciogliere un matrimonio per tutelarne cento? Il "divorzio" imposto tra interesse pubblico e diritti individuali

Sommario

1. Introduzione – 2. Il problema della riconducibilità della misura del "divorzio" imposto a un'ingerenza statale legittima ai sensi della Cedu – 3. L'evolversi del concetto di famiglia e l'emergere di un nuovo consenso normativo in materia di diritti del transessuale – 4. La questione del bilanciamento tra l'interesse pubblico alla tutela della famiglia "tradizionale" e il diritto individuale al mantenimento dei propri legami familiari – 5. Considerazioni conclusive

Abstract

L'articolo affronta la questione, sollevata anche dalla Corte di cassazione nell'ordinanza n. 14329 del 2013, se l'interpretazione della normativa italiana data dalla Corte di Bologna, secondo cui il vincolo matrimoniale contratto da due persone di sesso diverso si scioglierebbe di diritto in seguito al passaggio in giudicato di una sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi, sia compatibile con le regole stabilite nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), le quali, secondo la costante giurisprudenza della Consulta, operano, per il tramite dell'art. 117 Cost., come parametro interposto nel sindacato di legittimità costituzionale. In particolare ci si chiede se la misura del divorzio imposto sia, ai sensi dell'art. 8.2 Cedu, il risultato di un corretto bilanciamento tra il diritto al rispetto della vita familiare e la tutela del matrimonio tradizionale o se, piuttosto, essa ecceda i limiti del margine di apprezzamento concesso allo Stato ai sensi della Convenzione.

The article addresses the question, also raised also by the Italian Supreme Court, whether the interpretation of the Italian legislation, given by the Court of Bologna, which makes the legal recognition of a transgender person's gender identity conditional on the termination of her preexisting marriage, is consistent with the European Convention for Human Rights and if, as such, it respects Constitutional norms providing for the obligation for the State to comply with international treaties. The main question is whether the protection of the traditional marriage is an among the legitimate aims that the State, under article 8.2 of the Convention, may balance, according to the margin of appreciation which it enjoys according to ECtHR case-law, with family rights; and, in that case, if compulsory divorce can be deemed as necessary to secure this objective and proportionate to its achievement.

* Ricercatrice in Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

1. Introduzione

La norma secondo cui il vincolo matrimoniale contratto da due persone di sesso diverso si scioglierebbe di diritto, in seguito al passaggio in giudicato di una sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi[1], solleva, come correttamente rilevato dalla Corte di cassazione nell'ordinanza n. 14329 del 2013, dubbi di compatibilità con le regole stabilite nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (Cedu)[2]; queste, secondo la costante giurisprudenza della Consulta, operano, per il tramite dell'art. 117 Cost., come parametro interposto nel sindacato di legittimità costituzionale di regole che si pongano in contrasto con esse[3].

Le norme della Cedu che rilevano in materia, come per altro evidenziato dalla stessa Corte di cassazione nell'ordinanza di rimessione, sono l'art. 8 e l'art. 12, rispettivamente preposti alla tutela della vita privata e familiare e alla protezione della famiglia fondata sul matrimonio[4]. Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo (Corte Edu) la persona che sceglie di sottoporsi a un intervento di rettificazione del sesso conserva, ai sensi dell'art. 8, il diritto alla tutela della propria identità personale, che deve essere garantito dallo Stato, attraverso l'attribuzione ad essa di tutte le posizioni giuridiche che le spettano in virtù della nuova condizione sessuale, ivi compresa la possibilità, ormai pacificamente riconosciuta anche dal nostro ordinamento, di contrarre matrimonio con persona di sesso diverso rispetto a quello acquisito in seguito all'operazione chirurgica[5]. Il problema evidentemente riguarda, nel caso oggetto dell'ordinanza citata, non tanto l'acquisizione di nuovi diritti, quanto la conservazione di quelli preesistenti ed in particolare il mantenimento di uno *status* che, ai sensi della legislazione italiana, è intimamente legato alla identità sessuale dei coniugi, essendo la diversità di genere dei nubendi uno dei presupposti fondamentali non solo per la celebrazione di un matrimonio nel nostro Stato, ma anche, secondo quanto si evince dalla prassi, per il riconoscimento di un legame coniugale formatosi altrove.

---

1 L'ordinamento italiano in realtà non adotta in merito una posizione del tutto chiara, stabilendo, da un lato, all'art. 4 della legge n. 164/1982 che «La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso… provoca lo scioglimento del matrimonio», dall'altro che essa costituisce giusta causa di divorzio, ai sensi dell'art. 3, par. 2, lett. e) della legge n. 898/1970. La relazione tra le due norme è stata diversamente ricostruita nel senso dell'abrogazione della prima ad opera della seconda ovvero della mera specificazione da parte della legge sul divorzio del precedente dettato normativo, che tuttavia conserverebbe, in questa seconda ipotesi, la sua efficacia. Su queste due opzioni e in senso favorevole alla prima G. Bonilini, *La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della L. n. 164/1982*, in *Commentario Schlesinger al codice civile*, Milano, 2004, p. 275; E. Quadri, *Rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1990, pp. 531 ss. In senso favorevole alla soluzione interpretativa secondo cui la rettificazione del sesso continuerebbe a produrre l'effetto di sciogliere automaticamente il matrimonio precedentemente contratto dal transessuale cfr. Corte di appello di Bologna, 4 febbraio 2011, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, p. 570 s. su cui si vedano i commenti e le osservazioni giustamente critiche di 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, n. 3, pp. 1076 ss. e M. Winkler, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, pp. 571 ss.

2 Corte di cassazione, 6 giugno 2013, n. 14329, spec. par. 6 ss.

3 L'art. 117, primo co., Cost. vincola il legislatore al rispetto degli obblighi internazionali e di quelli derivanti dal diritto dell'Ue. Tale norma, quindi, pur non elevando al rango costituzionale le singole fonti internazionali, ha tuttavia come effetto quello di rendere suscettibile di sindacato di costituzionalità la norma interna che risulti con esse in contrasto. Questa soluzione è stata accolta dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007, riguardanti peraltro proprio un problema di compatibilità del nostro diritto con la Cedu. In tali decisioni la Corte ha espresso il principio secondo cui le norme che danno attuazione ad obblighi internazionali debbono essere qualificate come "interposte" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi interne. Nel medesimo senso cfr. ad esempio Corte costituzionale, 11 marzo 2011, n. 80, nonché, più di recente, 7 aprile 2011, n. 113 con cui la Corte sottolinea che: «ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della Cedu, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo – non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante – egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro»; 28 novembre 2012, n. 264, con la quale si precisa che «la norma Cedu nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, secondo le normali operazioni ermeneutiche a cui è chiamata la Corte costituzionale in tutti i giudizi di sua competenza». Sul tema si veda L. Condorelli, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla Cedu o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 301 ss. e, con più specifico riferimento ai rapporti di famiglia P. Ivaldi, *La posizione della Cedu e della giurisprudenza di Strasburgo nel sistema interno di tutela dei diritti*, in *Diritto di famiglia e Unione europea*, S.M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), Torino, 2008, pp. 83 ss.

4 Per un commento alle norme si veda C. Pitea, L. Tomasi, *Art. 8 – Diritto alla vita privata e famigliare*, in *Commentario breve alla Cedu*, S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), Padova, 2012, pp. 297 ss. e A.O. Cozzi, *Art. 12 – Diritto al matrimonio*, *ivi*, pp. 450 ss.

5 Cfr. ad es. Corte Edu, Grande camera, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno unito*.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Tale orientamento non si pone d'altra parte in contrasto con l'art. 12 Cedu e con l'interpretazione che della norma è stata data dalla Corte Edu, secondo cui l'estensione anche a individui del medesimo sesso della tutela offerta dalla norma non implica un obbligo per lo Stato di modificare il proprio ordinamento al fine di consentire i matrimoni *same-sex*, restando questa scelta – come si evince d'altra parte dal testo dell'articolo – di competenza delle legislazioni nazionali[6].

Lo Stato, infatti, godrebbe – secondo il metodo costantemente applicato dalla Corte Edu per valutare la compatibilità con la Convenzione di restrizioni alle libertà in essa sancite ad opera delle autorità nazionali – di un certo margine di apprezzamento nel disciplinare le modalità di godimento dei diritti, orientandone l'esercizio in vista della tutela di interessi pubblici di carattere fondamentale[7]. La misura di questo potere varia in funzione della natura e dell'importanza del diritto di volta in volta considerato, del contenuto della norma di cui si tratta e del grado di discrezionalità che essa stessa lascia alle autorità nazionali, del consenso infine raggiunto dagli Stati in merito alle modalità di applicazione ed interpretazione di espressioni il cui significato non risulta in modo univoco dal dettato convenzionale. In ogni caso, l'esercizio di tale discrezionalità non deve essere condotto con finalità discriminatorie e non può avere come risultato quello di vanificare completamente il godimento del diritto. Al fine di garantire che tali condizioni siano rispettate e di evitare abusi, la Corte ha, in più occasioni, ribadito l'importanza che la misura in cui si sostanzia l'ingerenza statale si conformi a standard di necessità e proporzionalità in relazione al fine perseguito.

Alla luce di tali premesse, si cercherà anzitutto di valutare se lo scioglimento *ex lege* del matrimonio, in seguito al passaggio in giudicato di una sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi, sia una misura compatibile con la Cedu, e quindi con l'art. 117 della nostra Costituzione, tenuto conto del margine di apprezzamento di cui godono le autorità nazionali nel compiere un bilanciamento tra interesse pubblico e diritti individuali.

2. Il problema della riconducibilità della misura del "divorzio" imposto a un'ingerenza statale legittima ai sensi della Cedu

Nell'ambito della dicotomia fra diritti inderogabili, come quello alla vita, che per definizione non possono essere compressi, e diritti per così dire relativi che invece possono subire limitazioni[8], sia il rispetto della vita privata e familiare che la libertà matrimoniale appartengono, secondo quanto previsto dalla Corte Edu, alla seconda categoria. Lo si evince anzitutto dal dettato delle norme che li disciplinano, le quali sono connaturate dalla previsione di un certo margine di apprezzamento nell'adempimento degli obblighi che da esse discendono. Per quanto concerne il diritto a contrarre matrimonio, la discrezionalità concessa allo Stato nella sua regolamentazione discende anzitutto dall'art. 12, che espressamente rimanda alle legislazioni nazionali per quanto concerne la definizione delle condizioni per il suo eserci-

6 Da ultimo su questo tema Corte Edu, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, dove peraltro la Corte rileva che, contrariamente a quanto avviene per i matrimoni omosessuali, rispetto ai quali lo Stato conserva la facoltà di decidere in merito alla loro ammissibilità ai sensi del proprio ordinamento, per quanto riguarda il vincolo contratto dal transessuale con persona di sesso opposto rispetto a quello acquisito in seguito ad intervento chirurgico: «*the impossibility for a post-operative transsexual to marry in her assigned gender violated Article 12 of the Convention*» (*ivi*, par. 52). Per un commento alla sentenza cfr. C. Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Diritti umani diritto internazionale*, 2010, pp. 639 ss.; L. Magi, *La Corte europea dei diritti dell'Uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 396 ss.

7 La dottrina del margine di apprezzamento trova, a livello internazionale, la sua affermazione e il suo principale sviluppo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al fine di bilanciare l'adempimento degli obblighi di protezione dei diritti umani, imposti dalla Convenzione, con la salvaguardia di altre esigenze imperative dello Stato, principalmente attinenti alla tutela della sicurezza, dell'ordine pubblico, ma aventi anche a che fare con considerazioni di carattere morale, culturale e sociale. Cfr. R.S.T.J. Macdonald, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, pp. 95 ss., secondo cui: «*the doctrine of margin of appreciation illustrates the general approach of the European Court of Human Rights to the delicate task of balancing the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention*» (*ivi*, p. 95). Il margine di apprezzamento è stato anche definito: «*as the measure of discretion allowed to the Member States in the manner in which they implement the Convention's standards, taking into account their own particular circumstances and conditions*». Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen-Oxford, 2002, spec. p. 2.

8 Sull'influenza di tale distinzione ai fini dell'operare del margine d'apprezzamento cfr. J.P. Cot, *Margin of Appreciation*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (ed.), Oxford, 2012, pp. 1012 ss., par. 13.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

zio[9], che dovrà comunque essere garantito a uomini e donne senza alcuna discriminazione, in ossequio a quanto stabilito dall'art. 14 Cedu.

Diversa la formulazione all'art. 8; la norma prevede, al par. 2, che restrizioni al pieno godimento della propria vita privata e familiare possano essere giustificate ai sensi della Cedu, qualora «tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Il ragionamento, che di volta in volta si impone, comporta anzitutto l'individuazione dell'interesse statale rilevante e la sua riconducibilità a uno degli obiettivi tassativi fissati dalla clausola d'eccezione; in secondo luogo esso implica un'indagine sulla necessità e sull'adeguatezza del provvedimento adottato in vista del fine che con esso si mira a realizzare. Tale seconda valutazione si basa su un bilanciamento di esigenze concorrenti rispetto al quale le autorità nazionali godono, come si è detto, di un certo margine di apprezzamento[10], che tuttavia non è illimitato, restando il suo esercizio soggetto all'eventuale controllo della Corte Edu, la quale dovrà accertarne la compatibilità con i principi stabiliti nella Convenzione[11]. I giudici a tal fine verificano non solo che, alla luce delle motivazioni addotte dalle autorità nazionali, l'ingerenza risponda a un bisogno sociale imperativo dello Stato, ma anche che sia proporzionale alla finalità legittimamente perseguita[12].

Quanto al primo di tali aspetti, occorre anzitutto individuare l'interesse pubblico imperativo, che la misura dello scioglimento automatico del matrimonio del transessuale mirerebbe a tutelare. A tale riguardo la Corte di appello di Bologna, investita in secondo grado della controversia di cui ci si occupa[13], ha rilevato anzitutto che le questioni concernenti lo stato delle persone sono connotate da profili di pubblico interesse, alludendo così alla discrezionalità di cui, in principio, dovrebbe godere lo Stato nel disciplinarle; essa quindi evoca il paradigma del matrimonio eterosessuale quale principio fondamentale del nostro ordinamento, che come tale impedisce la sopravvivenza o il riconoscimento di rapporti giuridici che si pongano in palese contrasto con esso[14]. La *ratio* dello scioglimento automatico del matrimonio in seguito al mutamento di sesso di uno dei coniugi sarebbe quindi ravvisabile, secondo tale ragionamento, nell'esigenza di tutelare il modello familiare classico, basato sull'unione coniugale fra persone di sesso opposto, che, secondo l'opinione supportata dalla Corte di appello, troverebbe nell'art. 29 Cost. il proprio fondamento giuridico, con la conseguenza che la difesa del concetto di matrimonio nella sua accezione tradizionale arriverebbe ad assumere, secondo tale orientamento, una rilevanza costituzionale[15].

---

9 Cfr. I. Anrò, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, A. Oddenino e a. (a cura di), Torino, 2010, pp. 7 ss. secondo cui «il rinvio alla legge nazionale per quanto riguarda le limitazioni o le modalità di esercizio di tali diritti rende quasi implicita la previsione dell'operatività del margine di apprezzamento nella formulazione di tali disposizioni, in quanto risulta evidente lo spazio per la scelta e la valutazione degli Stati contraenti» (*ivi*, p. 10).

10 Nell'ambito della giurisprudenza della Corte Edu, la dottrina del margine di apprezzamento è stata sviluppata, come si è detto, principalmente per tenere conto della sovranità nazionale degli Stati e della relativa competenza nel determinare il livello di tutela accordato ai diritti considerati fondamentali all'interno del proprio ordinamento. La Corte di Strasburgo, in coerenza con tale premessa, ha dunque operato un certo *self-restraint* per non imporre agli Stati standard che potevano risultare inaccettabili per il proprio ordinamento, optando per una certa deferenza per le decisioni nazionali nell'ambito del bilanciamento tra diritti fondamentali e altri interessi dello Stato. La scelta di far gravare anzitutto sulle autorità nazionali la responsabilità del corretto bilanciamento tra esigenze concorrenti si giustifica, peraltro, secondo la Corte, in forza della considerazione secondo cui le autorità nazionali, in quanto poste a continuo e diretto confronto con la realtà sociale di un determinato Stato, sono in via di principio meglio situate di un tribunale internazionale per operare tale valutazione, alla luce dei diversi fattori coinvolti. V. ad es. Corte Edu, 25 maggio 1993, *Brannigan e McBride c. Regno unito*, par. 43; Ead., 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turchia*, par. 68. Sull'argomento si veda in dottrina G. Letsas, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, pp. 705 ss., spec. pp. 721 ss. In senso critico E. Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1998–99, pp. 843 ss., secondo cui «*Margin of appreciation, with its principled recognition of moral relativism, is at odds with the concept of the universality of human rights. If applied liberally, this doctrine can undermine seriously the promise of international enforcement of human rights that overcomes national policies*» (*ivi*, p. 844).

11 Cfr. Corte Edu, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno unito*, par. 48 ss.; Ead., Grande camera, 10 aprile 2007, *Evans c. Regno unito*, par. 75.

12 Corte Edu, 13 febbraio 2003, *Odièvre c. France*, par. 40 su cui cfr. C. Pitea, L. Tomasi, *cit.*, p. 307.

13 Cfr. *supra*, nota 3.

14 Sotto questo profilo la Corte di appello considera che «consentire il vincolo matrimoniale, rettificato che sia il sesso d'uno dei coniugi, significherebbe mantenere un rapporto privo del presupposto suo legittimo più indispensabile: la diversità sessuale dei coniugi».

15 Sull'argomento cfr. R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici"*.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Il ragionamento, a nostro avviso, muove tuttavia da premesse non condivisibili: anzitutto quella secondo cui la diversità di genere corrisponderebbe necessariamente a un interesse costituzionalmente tutelato. Piuttosto sarebbe più corretto affermare che, in mancanza di un riconoscimento normativo di unioni coniugali diverse da quelle eterosessuali, l'art. 29 Cost. non può che limitarsi alla tutela del matrimonio eterosessuale, mancando nel diritto positivo il presupposto giuridico per l'estensione della norma ad altri tipi di legame. Va peraltro aggiunto che, pur essendo l'ordinamento italiano tuttora caratterizzato dall'assenza di norme che attribuiscono riconoscimento giuridico alle c.d. famiglie di fatto ed alle coppie formate da persone dello stesso sesso, il rilievo costituzionale di tali unioni, sia sulla base dell'art. 2 Cost., che con riferimento ai parametri interposti costituiti dalla Cedu[16], è stato sancito dalla Corte costituzionale (nella sentenza n. 138/2010) e dalla Cassazione (nella sentenza n. 4184/2012)[17]. Dalla giurisprudenza delle due Corti si può tra l'altro ricavare che il carattere dell'eterosessualità del matrimonio non costituisce più un canone di ordine pubblico internazionale, conclusione questa ribadita anche nell'ordinanza in oggetto[18]. La Corte Edu, la cui prassi costituisce un parametro fondamentale per l'applicazione e l'interpretazione delle norme della Convenzione europea, cui gli Stati che ne sono parte sono tenuti ad adeguarsi, ha infatti al riguardo stabilito sia che l'art. 12 Cedu non deve intendersi più solamente riferito al matrimonio eterosessuale (restando tuttavia nella discrezionalità del legislatore nazionale l'estendere o meno il diritto al matrimonio anche a coppie formate del medesimo sesso), sia che nella nozione di "vita familiare", ai sensi dell'art. 8, deve oggi intendersi inclusa anche «*a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, … just as the relationship of a different-sex couple in the same situation…*»[19].

Anche a volere ammettere che la conservazione del modello familiare fondato sul matrimonio eterosessuale sia riconducibile al novero degli interessi pubblici imperativi, che potrebbero giustificare una compressione del diritto individuale alla tutela (e quindi al mantenimento) dei propri legami familiari, lo Stato è comunque obbligato, nell'esercizio del suo margine di apprezzamento, ad operare un bilanciamento tra il sacrificio imposto e gli obiettivi che con esso si intendono realizzare.

3. L'evolversi del concetto di famiglia e l'emergere di un nuovo consenso normativo in materia di diritti del transessuale

L'ampiezza del margine di apprezzamento concesso alle autorità nazionali, nell'operare un bilanciamento tra interessi pubblici e diritti individuali e nell'adottare misure legislative che sono il risultato di tale valutazione, è anzitutto strettamente correlata, secondo quanto si evince dalla giurisprudenza della Corte Edu, al consenso normativo raggiunto dagli Stati in merito al trattamento di una determinata questione.

Alla luce di tale premessa, la libertà concessa alle giurisdizioni statali nella disciplina del godimento dei diritti che riguardano la sfera personale e familiare si giustifica in larga misura in ragione delle profonde divergenze legislative nella regolamentazione di questioni, le quali, più di altre, risentono di considerazioni di carattere morale o culturale, che possono variare da un ordinamento all'altro[20].

Sul paradigma eterosessuale del matrimonio, Torino, 2010.

16 La Corte ha infatti di recente stabilito che l'unione coniugale tra persone dello stesso sesso certamente rientra nel concetto di vita familiare, previsto e tutelato dall'art. 8 della Cedu. Cfr. Corte Edu, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 94.

17 Corte costituzionale, 15 aprile 2010, con cui si afferma che «per formazione sociale [ai sensi dell'art. 2 Cost., *n.d.r.*] deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» (*ivi*, par. 8 della motivazione); nel medesimo senso Corte di cassazione, 15 marzo 2012, n. 4184, par. 4.2 ss., su cui si veda M. Gattuso, *"Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Famiglia e diritto*, 2012, pp. 678 ss.

18 Id., *ivi*.

19 Cfr. *supra*, nota 16.

20 Questa affermazione della Corte appare condivisibile in particolare ricordando quanto scritto da Weiler, il quale rilevava che «*[h]uman rights are almost invariably the expression of a compromise between competing social goods in the polity*». In particolare, ogni diritto fondamentale esprime, nelle democrazie liberali, un compromesso tra i vari interessi della collettività, rappresentati dall'autorità governativa, e l'interesse dell'individuo alla propria autonomia e libertà. Il bilanciamento tra queste esigenze contrastanti esprime il compromesso sociale, il quale differisce da un sistema all'altro ed è dunque ragionevole lasciare tale

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Tuttavia anche in questo contesto la discrezionalità lasciata alle autorità nazionali è destinata a ridursi progressivamente e in modo inversamente proporzionale al consolidarsi di un *consensus* tra gli Stati nella disciplina della materia[21].

Ciò è particolarmente evidente, tra l'altro, proprio con riferimento alla giurisprudenza relativa al riconoscimento dei diritti dei transessuali. La Corte Edu, nelle prime pronunce sul tema[22], aveva, infatti, ritenuto che gli Stati godessero di un ampio margine di apprezzamento, data la mancanza di omogeneità tra i diversi ordinamenti nella disciplina sia del riconoscimento giuridico del mutamento di sesso, conseguente ad operazione chirurgica, che delle conseguenze che esso avrebbe comportato sul piano dei diritti attribuiti all'individuo in virtù della sua nuova identità sessuale. In considerazione dell'assenza di una prassi comune in ordine al modo di trattare tali questioni, la Corte aveva pertanto rilevato la mancanza in capo agli Stati di un obbligo, discendente dalla Cedu, di riconoscere l'identità acquisita da una persona che si fosse sottoposta a un intervento di mutamento di genere.

In seguito, ed a partire dalla sentenza *Goodwin* del 2002, preso atto dell'esistenza di un consenso normativo internazionale emergente, seppure non ancora consolidato, la Corte ha radicalmente invertito il precedente orientamento, ritenendo che, alla luce degli sviluppi intervenuti nella prassi prevalente degli Stati, gravi su di essi un obbligo positivo di pieno riconoscimento giuridico del mutamento di sesso, con la conseguente necessità di cancellare da ogni atto o documento ufficiale il riferimento al genere abbandonato in seguito all'operazione[23]. Più di recente, nel caso *L. c. Lituania*, essa anzi è arrivata ad affermare che tale obbligo si concretizza nella necessaria adozione, da parte delle autorità statali, di provvedimenti a carattere legislativo, aventi come fine quello di garantire un riconoscimento giuridico pieno al mutamento di identità sessuale e personale[24]. Ne consegue che, di fronte alla domanda proveniente da un individuo, la cui nuova condizione sia stata accertata mediante sentenza di rettificazione del sesso, di procedere alla rettificazione degli atti e dei documenti che lo riguardano, l'ufficiale di stato civile non potrà che dare seguito alla richiesta nei termini in cui essa è stata formulata; un'eventuale diversa soluzione sarebbe quindi tendenzialmente incompatibile con la Cedu.

Alla luce dell'analisi finora svolta, si può pertanto affermare che la misura dello scioglimento forzoso e automatico del matrimonio del transessuale, in quanto impone all'individuo una scelta tra esigenze ugualmente rilevanti e tutelate dalla Cedu, costituisce una limitazione (se non addirittura una negazione) sia del diritto alla identità personale, sia di quello alla vita familiare (in questo secondo caso la violazione riguarda anche il partner, che ha espresso il desiderio di mantenere in vita il proprio legame matrimoniale, anche in seguito al mutamento di sesso del coniuge). Al fine di giustificare la legittimità di tale compressione delle libertà individuali in vista del perseguimento dell'interesse pubblico alla conservazione dei modelli familiari previsti dall'ordinamento nazionale, occorre che lo Stato dimostri che la misura di cui si discute sia stata adottata all'esito di un corretto bilanciamento di interessi, rispetto al quale il margine di apprezzamento di cui esso gode si è progressivamente ridotto in considerazione dell'affermarsi di un consenso normativo sia con riguardo al riconoscimento giuridico pieno della identità personale del transessuale, sia rispetto all'inclusione dei membri di una coppia formata da persone dello stesso sesso tra i soggetti titolari del diritto alla vita familiare. Resta quindi da chiedersi, sulla base di queste considerazioni, se lo scioglimento del matrimonio in seguito alla rettificazione del sesso di uno dei coniugi sia misura proporzionata rispetto alla tutela dell'interesse pubblico che essa mira a realizzare.

spazio di valutazione direttamente agli Stati. Cfr. J.H.H. Weiler, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights*, in *The European Union and Human Rights*, N.A. Neuwahl e A. Rosas (ed.), L'Aja, 1995, pp. 51 ss., nonché J.H.H. Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 1999.

21 Cfr. sull'argomento G. Letsas, *cit.*, pp. 724 ss.

22 Corte Edu, 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno unito*; Ead., 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno unito*; Ead., 30 luglio 1998, *Sheffield e Horsham c. Regno unito*.

23 Corte Edu, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno unito*.

24 Corte Edu, 11 settembre 2007, *L. c. Lituania*, con cui la Corte rileva che «*Whilst affording a certain margin of appreciation to States in this field, the Court has nevertheless held that States are required, by their positive obligation under Article 8, to implement the recognition of the gender change in post-operative transsexuals through, inter alia, amendments to their civil-status data, with its ensuing consequences*» (*ivi*, par. 56).

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

4. La questione del bilanciamento tra l'interesse pubblico alla tutela della famiglia "tradizionale" e il diritto individuale al mantenimento dei propri legami familiari

Il concetto di proporzionalità costituisce lo standard utilizzato dalla Corte Edu per verificare la compatibilità di una determinata misura statale con le libertà sancite dalla Convenzione europea; esso, come si è detto, varia in funzione del diverso margine di apprezzamento di volta in volta riconosciuto allo Stato nel determinare il punto di equilibrio tra interessi concorrenti, nonché in funzione dell'importanza del diritto garantito e dell'entità del sacrificio imposto al suo godimento.

Con riferimento al divorzio imposto, il problema che si pone è quello di stabilire se l'interesse pubblico alla salvaguardia del modello familiare fondato sul matrimonio eterosessuale, sia non solo correttamente garantito, ma anche adeguatamente tutelato da una misura che di fatto comprime in misura così estesa la libertà individuale, condizionando l'esercizio del diritto all'identità di genere, garantito da fonti internazionali ed interne, alla prospettiva della perdita dei propri legami familiari, pur in presenza, come nella specie, del consenso di entrambi i coniugi a mantenerli in vita. Va al riguardo rilevato che sulla questione se gli interessi coinvolti nella scelta legislativa del "divorzio" imposto siano stati correttamente bilanciati tra di loro, la Corte di cassazione, nell'ordinanza n. 14329/2013, sembrerebbe orientarsi in senso negativo, laddove sottolinea l'evidente sproporzione tra il sacrificio imposto al privato e gli obiettivi perseguiti dallo Stato a salvaguardia di esigenze pubbliche[25].

Sul tema la Corte Edu ha già avuto modo di esprimersi con riferimento a casi analoghi a quello qui in oggetto. Nelle decisioni sui casi *Parry c. Regno unito* e *R. e F. c. Regno unito*[26], essa si è pronunciata sulla doglianza dei ricorrenti i quali, a seguito di un'operazione di conversione sessuale, avevano visto cessare, contro la volontà loro e dei rispettivi *partners*, gli effetti del precedente matrimonio, a causa della sopravvenuta identità di genere tra i coniugi. Nel rigettarla, la Corte ha tuttavia sottolineato: «*en ce qui concerne la proportionnalité des effets du* régime de *reconnaissance de l'appartenance sexuelle, que les dispositions relatives au partenariat civil permettent aux partenaires qui contractent une telle union de bénéficier de bon nombre des protections et avantages offerts par le mariage*», con la conseguenza che, laddove alla coppia sia comunque consentito di mantenere il proprio legame familiare, se pur in una forma diversa da quella matrimoniale, e di conservare con ciò i diritti che da esso derivano e le situazioni che su di quello si fondano, la misura della cessazione degli effetti civili del matrimonio, nel caso di rettifica del sesso, risulterebbe conforme alla Cedu.

Tale orientamento è confermato dalla decisione resa nel recente caso *H. c. Repubblica di Finlandia*[27], relativo al ricorso presentato da un cittadino finlandese contro il proprio Stato, il cui ordinamento prevede che per poter registrare la rettificazione dell'attribuzione di sesso, qualora il richiedente sia unito in matrimonio, è necessario il preventivo consenso dell'altro coniuge; nell'ipotesi in cui tale consenso venga prestato, esso ha peraltro l'effetto di trasformare il matrimonio in una *civil partnership*, ovvero in un diverso rapporto giuridico, ugualmente previsto e disciplinato dalla legislazione finlandese, secondo cui le coppie omosessuali, pur non potendo sposarsi, hanno tuttavia l'opportunità di registrare la propria unione, così beneficiando di una tutela giuridica sostanzialmente identica a quella garantita ai coniugi. La Corte Edu ritiene che nella specie coesistano due posizioni in conflitto che necessitano di un adeguato bilanciamento: il diritto al rispetto della vita privata e familiare di chi richiede la predetta registrazione, che nella specie si concretizza nella possibilità di ottenere un codice identificativo della persona e del nuovo genere, e l'interesse dello Stato a mantenere intatti i modelli matrimoniali predefiniti per legge. Alla luce della sua precedente giurisprudenza essa infine conclude che «*the effects of the Finnish system have not been shown to be disproportionate and that a fair balance has been struck between the competing interests in the present case. The interference with the applicant's right to respect for her private life was thus justified under the circumstances of the present case. There has accordingly been no violation of Article 8 of the Convention*»[28]. In altre parole, secondo la Corte, il diritto al rispetto della vita privata e familiare di chi chiede la rettificazione dell'attribuzione di sesso, risulta essere correttamente bilanciato con l'interesse

25 Come correttamente rilevato dalla Cassazione italiana, nella ordinanza n. 14329/2013, «l'opzione normativa del divorzio imposto *ex lege* al soggetto che si è determinato a rettificare il proprio sesso e all'altro coniuge incide sul contenuto minimo ed ineludibile del predetto diritto e mina alla radice lo stesso diritto all'identità di genere che la rettificazione di sesso intende riconoscere, in quanto produce l'esclusione di un'altra dimensione di pari rilievo, quella relazionale…», Corte di cassazione, n. 14329/2013, p. 28.

26 Corte Edu, 17 ottobre 2003, *Parry c. Regno unito*, e 28 novembre 2006, *R. e F. c. Regno unito*.

27 Corte Edu, 13 novembre 2012, *H c. Repubblica di Finlandia*.

28 *Ivi*, par. 52.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

dello Stato a mantenere intatti i modelli matrimoniali previsti dalla legge, qualora, contestualmente allo scioglimento dell'unione coniugale, si preveda la trasformazione del rapporto in una unione familiare dotata delle medesime caratteristiche, nella quale i rapporti personali e le posizioni giuridiche discendenti dal precedente legame restino comunque tutelati.

Una situazione in cui la legislazione di uno Stato preveda il matrimonio quale unica ed esclusiva forma di riconoscimento di unioni familiari ed escluda da esso le coppie omosessuali, lasciando una legittima formazione sociale di tipo familiare totalmente sprovvista di disciplina e tutela giuridica, incide negativamente non soltanto sull'essenza dei diritti garantiti dalla Cedu (e soprattutto del diritto al rispetto della vita privata e familiare), ma anche sui principi costituzionalmente previsti dal nostro ordinamento, ed in particolare, secondo l'interpretazione proposta dalla Corte costituzionale nel 2010 e successivamente confermata dalla Corte di cassazione, dall'art. 2 Cost. La norma infatti «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»[29].

5. Considerazioni conclusive

Il problema che si pone e che è evocato dalla pronuncia della Corte di appello attiene, pertanto, alla questione se il divorzio "imposto", che, come tale, si pone in contrasto non solo con i diritti garantiti dalla Cedu ma, sulla base di quanto si è detto, anche con valori costituzionalmente garantiti, sia soluzione obbligata – e quindi in qualche modo giustificata – dalla necessità di difendere l'istituzione matrimoniale secondo la sua accezione tradizionale[30].

Al riguardo l'analisi e i ragionamenti svolti ci conducono a due ordini di considerazioni, strettamente correlate tra loro. Ci sembra anzitutto di potere affermare che lo scioglimento imposto del matrimonio, in seguito al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi, costituisce una ingerenza nel godimento dei diritti individuali, che non risulta sorretta, sulla base dei principi espressi dalla Corte Edu, da adeguate e legittime giustificazioni. Tale misura, infatti, imponendo all'individuo una scelta tra l'esercizio del diritto alla identità personale e il mantenimento dei propri legami familiari, di fatto pregiudica nella loro essenza le libertà, cui la persona è ammessa a godere ai sensi della Convenzione, in vista del perseguimento di obiettivi, la cui rilevanza è oggi in larga parte discutibile e la cui realizzazione potrebbe probabilmente essere garantita lasciando impregiudicato il legame familiare già esistente tra il soggetto che ha subito un mutamento di sesso ed il proprio coniuge.

Ci sembra, sotto questo profilo, che la motivazione, cui il nostro legislatore ha fatto fino ad oggi ricorso, per giustificare la mancata predisposizione di una normativa che consenta anche alle coppie formate da persone del medesimo sesso di beneficare di una qualsivoglia forma di tutela familiare, non sia invocabile nella situazione in esame. Si tratta infatti di questioni differenti: da un lato quella di stabile se esista un obbligo positivo in capo allo Stato di istituire all'interno del proprio ordinamento modelli familiari nuovi ovvero di consentire alle coppie omosessuali l'accesso a quelli esistenti (estendendo quindi a tutti il diritto di contrarre matrimonio); dall'altro si discute invece della violazione del dovere in capo alle autorità nazionali di astenersi dall'adottare misure che di fatto privano la persona di legami familiari regolarmente costituiti e al cui mantenimento, secondo quanto si evince dalla giurisprudenza della Corte Edu, essa avrebbe comunque diritto. Va peraltro al riguardo rilevato che la cessazione forzosa del legame matrimoniale finirebbe per incidere negativamente su tutti i rapporti, compresi quelli di filiazione, che in esso trovano fondamento, con conseguenze la cui portata negativa si può facilmente immaginare.

Se quindi l'obiettivo della conservazione della istituzione matrimoniale classica potrebbe, in principio – seppure, a nostro avviso, discutibilmente – giustificare la scelta di non estendere il diritto a sposarsi al di là dell'ambito in cui ora esso è confinato[31], non si comprende invece in quale modo tale fine

29 Corte costituzionale, 14 aprile 2010, n. 138.

30 Così anche M. Gattuso, *cit.*, p. 1091.

31 Si ricorderà peraltro che tale scelta è stata giudicata compatibile con l'art. 12 Cedu, che espressamente rimanda alle legislazioni

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

potrebbe spiegare il mancato riconoscimento di situazioni familiari che di fatto già esistono, tanto più se esse sono il risultato di rapporti che si sono validamene costituiti ai sensi del nostro ordinamento. Alla luce di queste premesse ci pare di dover concludere che lo scioglimento imposto del matrimonio, non essendo frutto di un corretto bilanciamento di interessi concorrenti, costituisce una violazione dei principi espressi dalla Corte Edu e delle norme che su di essi si fondano e che pertanto, sotto tale profilo, la misura dovrebbe essere dichiarata illegittima anche ai sensi dell'art. 117 della Costituzione.

Tale ragionamento ci induce ad una seconda considerazione, relativa al problema, che qui rileva, del coordinamento tra fonti interne e obblighi internazionali. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sul punto in più occasioni, ha al riguardo espresso l'orientamento, ribadito in alcune sue recenti pronunce, secondo cui nell'ipotesi in cui si profili un contrasto tra una norma del nostro ordinamento ed altra contenuta in una convenzione internazionale, il giudice dovrebbe anzitutto sforzarsi di sanarlo in via interpretativa e, solo nel caso in cui tale operazione dia esito negativo, egli dovrà proporre questione di legittimità costituzionale in relazione al parametro di cui all'art. 117 Cost.[32]. Ne consegue, a nostro avviso, che la Corte di appello di Bologna, di fronte alla possibilità di scegliere tra due possibili opzioni ermeneutiche delle norme coinvolte – ovvero l'art. 4 della legge n. 164/1982 e la previsione contenuta nell'art. 3, par. 2 lett. e) della legge n. 898[33] – avrebbe potuto, e probabilmente dovuto, scegliere quella che meglio consentiva di realizzare un bilanciamento corretto ed adeguato tra l'interesse dello Stato alla difesa del matrimonio tradizionale e la tutela delle libertà individuali, come sancite e tutelate dalla Cedu e dalla giurisprudenza internazionale che su di essa si è formata.

nazioni per la disciplina delle condizioni per contrarre matrimonio. Cfr. sul punto *supra*, par. 2.

32 Cfr. Corte costituzionale, 7 aprile 2011, n. 113, *supra* nota 3.

33 Cfr. *supra* nota 1.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

*Francesca Romana Ammaturo**

Il "divorzio imposto" per le persone transgender nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo: i profili socio-giuridici di *H. c. Finlandia*

Sommario

1. La Corte europea dei diritti dell'Uomo e il divorzio imposto per le persone *transgender* – 2. *H. c. Finlandia*: una prospettiva socio-giuridica – 3. Divorzio imposto e riconoscimento delle coppie dello stesso sesso in *H. c. Finlandia* – 4. Iper-regolamentazione e obliterazione dell'esperienza *transgender* – 5. Riflessioni finali sul ruolo della Corte e possibili sviluppi della giurisprudenza

Abstract

Il seguente contributo si configura come un'analisi di carattere socio-giuridico concernente la questione del divorzio imposto per le persone transgender affrontata dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nel caso *H. c. Finlandia* (2012). L'attenzione viene rivolta in particolare alla relazione tra il caso di specie e la regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso e al modo in cui il "divorzio imposto" contribuisce a destabilizzare l'identità giuridica e sociale della persona transgender.

The following contribution is intended as a socio-legal analysis concerning the issue of forced divorce for transgender persons as discussed by the European Court of Human Rights in the case of H v. Finland (2012). The focus will be particularly on the relationship between the instant case and the regulation of same-sex unions on the one hand, and on the ways in which the issue of "forced divorce" contributes to destabilise the juridical and social identity of transgender persons on the other hand.

1. La Corte europea dei diritti dell'Uomo e il divorzio imposto per le persone transgender

Nel corso delle ultime due decadi la Corte europea dei diritti dell'Uomo (la Corte) è stata una cassa di risonanza fondamentale in relazione alla discussione di varie questioni legate al riconoscimento dei diritti delle persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender (LGBT) in Europa. Tuttavia, le varie sentenze della Corte, concernenti una vasta gamma di questioni, hanno evidenziato una profonda spaccatura tra le esperienze di vita delle cosiddette "minoranze sessuali". Inoltre, la lettura e la comparazione delle varie sentenze fa emergere una concezione prevalente dei diritti umani vigente nel continente europeo in cui le questioni riguardanti il genere e la sessualità sembrano occupare una posizione decisamente marginale. Non si può negare che in molti casi la Corte abbia agito da sprone nei riguardi del legislatore nazionale, spesso riluttante od ostile a considerare l'omosessualità o le identità transgender come rilevanti sotto il profilo della tutela dei diritti umani e del rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo ("la Convenzione"). In altre occasioni, tra le quali quella riguardanti la tutela delle coppie formate da persone dello stesso sesso, la Corte è stata poco incline a interpretare la Convenzione in

* PhD, Goldsmiths, University of London.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

maniera estensiva impedendo, di conseguenza, di ampliare il ventaglio di diritti fruibili dalle persone LGBT. Il ruolo della Corte rispetto ai diritti di questi soggetti, spesso fittiziamente raggruppati sotto l'acronimo di "LGBT", presenta quindi delle zone di ombra che vale la pena analizzare.

Il contributo che segue si propone di analizzare uno dei temi più recenti affrontati dalla Corte, la cosiddetta questione del "divorzio imposto" per le persone transgender. Nella sentenza del 2012 di H. c. Finlandia1, la Corte ha affrontato la questione concernente il diritto a rimanere coniugati per persone, già unite dal vincolo del matrimonio, che abbiano deciso di rettificare il proprio genere ai termini di legge. Nonostante ci fosse già stato un precedente con il caso di Parry c. Regno unito2, questa sentenza segna un momento importante nel processo di evoluzione della giurisprudenza della Corte in relazione alla protezione dei diritti delle persone transgender. Il tema affrontato pone infatti al centro della discussione una questione rimasta a lungo in posizione marginale nel contesto del riconoscimento e protezione dei diritti delle persone transgender.

2. *H. c. Finlandia*: una prospettiva socio-giuridica

Il caso di *H. c. Finlandia* contiene importanti implicazioni di carattere socio-giuridico. Due di questi profili, in particolare, vengono analizzati in questa sede. Il primo riguarda la relazione problematica tra la questione del "divorzio imposto" e la regolamentazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso nei paesi membri del Consiglio d'Europa. Il secondo concerne la sinergia esistente tra l'ambito normativo e le pratiche amministrative che rendono la fruizione dei diritti da parte delle persone transgender, spesso difficile e incompleta.

Prima di procedere con l'analisi, tuttavia, occorre fare una precisazione di carattere semiotico riguardante il linguaggio utilizzato sia dalla Corte, che nel contesto di questo contributo. Nella giurisprudenza della Corte riguardante varie questioni legate all'identità di genere, la Corte ha finora sempre fatto ricorso al termine "transessuale". Ad una prima valutazione, il termine può sembrare semplicemente il più adatto a designare la condizione "oggettiva" di tutti quei ricorrenti che, nel corso degli anni, hanno adito la Corte per questioni relative alla propria identità di genere. A questo proposito si può infatti osservare che la quasi totalità dei ricorrenti nei vari casi presi in esame dalla Corte avevano effettuato procedure chirurgiche irreversibili volte all'assegnazione chirurgica del sesso, determinando uno status di "transessualità" definibile in termini medici. La scelta linguistica della Corte, tuttavia, non è scevra da aspetti problematici. Dal punto di vista simbolico, infatti, la riluttanza della Corte a riconoscere l'esistenza di una realtà "transgender" accanto a quella "transessuale" serve indirettamente a rinforzare la necessità di aderire strettamente ai dettati del genere senza possibilità di riconoscere zone intermedie in ambito giuridico. Questa osservazione, apparentemente irrilevante dal punto di vista dell'analisi giurisprudenziale, acquisisce tuttavia un'enorme importanza in ambito sociologico, poiché segnala un approccio molto restrittivo della Corte rispetto all'eventualità di riconoscere espressioni di genere che potrebbero destabilizzare la dicotomia tra la categoria del maschile e del femminile. Nel contesto di questa analisi, quindi, verrà privilegiato il termine "transgender" al termine "transessuale" quando possibile, proprio per segnalare l'importanza che specifiche scelte linguistiche rivestono nel designare i membri di un gruppo che, inevitabilmente, finisce col comportare l'esclusione di altri soggetti sociali e giuridici. Il caso preso in esame in questa sede, indirettamente, offre l'opportunità di riflettere anche sull'approccio della Corte in relazione alla definizione delle categorie di genere in generale, al di là delle osservazioni specifiche sul fenomeno del "divorzio imposto".

Nel caso di *H. c. Finlandia*, la ricorrente H., registrata come appartenente al genere maschile alla nascita, aveva sposato una donna. Dopo essersi sottoposta a intervento di riattribuzione chirurgica dal genere maschile a quello femminile, aveva fatto richiesta all'Ufficio dello stato civile finlandese per ottenere la correzione del numero di identità che sancisse legalmente il cambiamento di genere. L'Ufficio, tuttavia, aveva rigettato la richiesta sulla base del fatto che il riconoscimento del nuovo genere poteva essere effettuato solo a condizione che la richiedente trasformasse il vincolo coniugale in una *civil partnership* (istituto accessibile solo a coppie dello stesso sesso in Finlandia) o, in caso di rifiuto della coniuge, ottenesse un divorzio. Non intendendo né trasformare il proprio matrimonio in *civil partnership*, né chiedere il divorzio, la ricorrente aveva prima esperito tutti i rimedi interni senza successo, e poi fatto ricorso a Strasburgo, lamentando una violazione degli articoli 8 e 14 della Convenzione[3]. Nel

1 Corte Edu, 13 Novembre 2012, *H. c. Finlandia.*

2 Corte Edu, 28 Novembre 2006, *Parry c. Regno unito.*

3 La Corte aveva in seguito deciso di valutare il ricorso, *ex officio*, anche in relazione all'articolo 12 della Convenzione.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

merito della questione, la Corte si era espressa negativamente sull'effettiva esistenza delle violazioni della Convenzione lamentate dalla ricorrente. A seguito della decisione non favorevole della Corte, la ricorrente aveva successivamente chiesto che il caso fosse deferito alla Grande Camera. Il caso risulta tuttora pendente in data odierna.

3. Divorzio imposto e riconoscimento delle coppie dello stesso sesso in *H. c. Finlandia*

Per quanto riguarda la relazione tra "divorzio imposto" e il matrimonio tra persone dello stesso sesso, studiosi come Sharpe[4] hanno suggerito che le valutazioni di diverse corti su matrimoni in cui uno dei contraenti sia transgender, sono caratterizzate da un' "ansia giuridica", ovvero un timore che il riconoscimento della legittimità di tali matrimoni, funga da espediente per l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso. Nonostante Sharpe parli di questo fenomeno soprattutto in relazione a casi in cui uno solo dei due coniugi faccia richiesta di annullamento del matrimonio (casi più dibattuti nella letteratura), è possibile applicare tale ragionamento anche al caso di *H. c. Finlandia*.

Nella sentenza, infatti, la Corte afferma che l'ottenimento della rettifica di genere e la possibilità di rimanere coniugati a seguito del riconoscimento legale del cambiamento di genere sono due diritti mutualmente escludibili. La loro contemporanea fruizione darebbe, infatti, origine a un matrimonio tra persone dello stesso sesso non ammesso dalla legge finlandese[5]. Tuttavia, nella richiesta alla Grande Camera, viene contestato da parte dei legali della ricorrente[6], l'approccio restrittivo della Corte, poiché essa sembra ignorare la legislazione in vigore in 24 stati membri del CdE che non richiedono né il divorzio, né la trasformazione del matrimonio in un altro istituto giuridico come prerequisito per il riconoscimento del cambiamento di genere effettuato da uno dei due coniugi.

Paradossalmente, per evitare la possibilità di un "effetto domino" che, in astratto, avrebbe rischiato di mettere in discussione la protezione dell' "istituto tradizionale del matrimonio"[7] da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso, la Corte afferma che la risoluzione del matrimonio di H. serve a difendere degli interessi di carattere generale. La domanda che si pone, a tale proposito, è se si possa proteggere l'istituzione del matrimonio in termini generali imponendo la cessazione di un diritto già fruito come il diritto a sposarsi e fondare una famiglia (articolo 12 della Convenzione) o permettendo un'interferenza sostanziale nel diritto al rispetto della vita privata e familiare (articolo 8 della Convenzione). La valutazione della Corte sulla proporzionalità di tale misura adottata dal governo finlandese sembra derivare direttamente da quell' "ansia giuridica" descritta da Sharpe. La priorità della Corte, infatti, non sembrerebbe quella di tutelare i diritti della ricorrente, quanto piuttosto quella di proteggere in astratto il matrimonio come istituzione eteronormativa.

Un altro aspetto molto interessante, ravvisabile nel ragionamento della Corte, è l'assegnazione implicita alla ricorrente di un'etichetta concernente il suo orientamento sessuale e, di conseguenza, quello della coniuge. Dal punto di vista sociologico è possibile domandarsi se il cambiamento di genere di un coniuge sia sufficiente a trasformare radicalmente la natura e forma di un matrimonio da eterosessuale a omosessuale. La risposta a tale quesito non è così immediata come potrebbe sembrare, visto che le pratiche sessuali all'interno del matrimonio eterosessuale potrebbero, in teoria, discostarsi dall'immaginario collettivo. Ciò che rimane sottinteso, nel ragionamento della Corte, è la valutazione dei comportamenti affettivi e sessuali tra i due coniugi, inesorabilmente condizionati dal "venir meno", se così si può dire, del prerequisito fondante del vincolo matrimoniale: il dimorfismo sessuale. Tuttavia, il dimorfismo di per sé non può garantire il carattere eterosessuale del matrimonio. Il fatto che la Corte abbia seguito un approccio puramente *formalista*, a scapito della possibilità di adottare un approccio *funzionalista*[8], segnala la preminenza della difesa del principio in astratto rispetto alla garanzia della fruizione del diritto concreto per coloro che fossero già uniti in matrimonio al momento del cambiamento di genere.

4 A. Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, London-New York, 2002, p. 5.

5 Corte Edu, 13 novembre 2012, *H. c. Finlandia*, par. 48.

6 C. Cojocariu e V. Vandova, *Case of H. v. Finland, Request for Referral to the Grand Chamber on behalf of the Applicant*, 2013, in www.interights.org/h-v-finland/index.html.

7 Corte Edu, 13 novembre 2012, *H. c. Finlandia*, par. 48.

8 R. Robson, *Sappho Goes to Law School*, New York,1998.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

4. Iper-regolamentazione e obliterazione dell'esperienza transgender

Tuttavia, il caso di *H. c. Finlandia* evidenzia un altro aspetto problematico della giurisprudenza della Corte sui diritti delle persone transgender. L'esponente emergente della scuola di studi critici politici e giuridici sulle questioni transgender, l'americano Dean Spade[9], ha descritto con efficacia la tensione esistente tra l'iper-regolamentazione e la totale obliterazione dell'esperienza transgender da parte della legge. Per mezzo di pratiche amministrative e normative spesso incongruenti tra di loro si arriva, per Spade, all'esistenza di una "matrice normativa incoerente"[10] che genera situazioni di profonda vulnerabilità per le persone transgender.

Questo processo appena descritto ben si adatta al problema giuridico che la Corte si è trovata ad affrontare in *H. c. Finlandia*. Attraverso la creazione di una incongruenza tra il nuovo genere della ricorrente e i documenti ancora indicanti il genere assegnato alla nascita, si attua un forte condizionamento. La ricorrente è costretta a scegliere tra due diritti ugualmente importanti per poter ottenere il riconoscimento sociale e giuridico della propria identità di genere. Ed è proprio la formulazione del problema in termini di un *aut aut* che pone la ricorrente in una posizione di vulnerabilità rispetto alla fruizione dei propri diritti e riduce le sue scelte a due alternative ugualmente problematiche. Da una parte l'invisibilità come soggetto intellegibile agli occhi della legge e della società, dall'altra la rinuncia all'appartenenza ad una istituzione ritenuta fondante dell'ordine sociale, il matrimonio. Nel pronunciarsi, la Corte decide sul caso di specie ma lascia intatta l'incongruenza esistente tra i due status della ricorrente.

Dal punto di vista simbolico, infatti, alla ricorrente viene richiesto di scegliere tra due forme di invisibilità ugualmente destabilizzanti che negano una parte della propria soggettività giuridica e sociale: l'invisibilità come individuo che autodetermina il proprio genere, o l'invisibilità come coniuge. Secondo una prospettiva foucauldiana, adottata da Spade, non è la semplice introduzione di norme giuridiche ad agire come meccanismo regolatore dell'ordine sociale. Piuttosto la giustapposizione di tali norme con altre pratiche di carattere amministrativo incongruenti con le prime si rivela più efficace nello spingere i soggetti a internalizzare regole importanti come il binarismo sessuale e il carattere eteronormativo dell'istituzione matrimoniale.

Nel caso di *H. c. Finlandia*, inoltre, la Corte si trova di fronte ad un corto circuito semiotico: il coniuge non viene più riconosciuto come tale se il significante cessa di corrispondere al significato (semiotico). Questo corto circuito semiotico dà vita ad un paradosso che investe il significato stesso del matrimonio. Nella propria intenzione di preservare il vincolo matrimoniale, la ricorrente in *H. c. Finlandia*, indirettamente partecipa ad accrescere il valore simbolico e materiale dell'istituzione stessa. Allo stesso tempo, tuttavia, tale richiesta viene percepita come una sfida all'istituzione stessa i cui confini convenzionali, ovvero il requisito del dimorfismo sessuale dei coniugi, vengono radicalmente messi in discussione dall'unione della ricorrente con la propria partner. A questo riguardo ci si può chiedere quali matrimoni siano degni di protezione e riconoscimento e quali, invece, possano essere resi invisibili e delegittimati allo scopo di proteggerne altri aventi, presumibilmente, maggior valenza in termini giuridici e sociali. È possibile affermare che insistere sul requisito del dimorfismo sessuale dei coniugi rappresenti una strategia attraverso la quale si stabilisca una gerarchia di valore tra diverse coppie? La domanda, naturalmente, non ha rilevanza sotto il profilo strettamente giuridico. Essa rappresenta, tuttavia, una interessante riflessione di carattere sociologico riguardante le tecniche giuridiche adottate per perpetrare la conservazione di un ordine sociale fondamentalmente eteronormativo e avverso ad ambiguità concernenti l'espressione e la presentazione di genere.

5. Riflessioni finali sul ruolo della Corte e possibili sviluppi della giurisprudenza

Le presunte sfide all' "istituto tradizionale del matrimonio", quali quelle ravvisate dalla Corte nel caso di *H. c. Finlandia,* rappresentano un'opportunità irripetibile da cogliere per aprire un dibattito idealmente teso al superamento di un approccio giuridico alle questioni sul genere e sesso dei coniugi, caratterizzato attualmente da una sistematica logica del sospetto. Questo auspicio si accompagna inoltre alla necessità di discutere, in sedi non necessariamente ed esclusivamente legali, il ruolo del matrimonio nel contesto di un processo di normalizzazione delle persone lesbiche, gay, bisessuali, transgender e inter-

9 D. Spade, *Trans Law Reform Strategies, Co-optation, and the Potential for Transformative Change*, in *Women's Rights Law Review,* 2009, n. 30, p. 289.

10 Id., *ivi.*

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

sessuali che rappresenta un punto critico nella letteratura *queer*[11].

La questione chiave in *H. c. Finlandia*, quindi, non sembra riguardare esclusivamente la preoccupazione della Corte di avallare, involontariamente, i matrimoni tra persone dello stesso sesso. Più ampiamente, la decisione nel caso di specie conferma quel ruolo conservatore che autori come Dembour[12] e Sandland[13] attribuiscono alla Corte nel valutare cosa sia giusto in relazione alla definizione delle questioni di identità di genere, implicitamente rinforzando l'importanza del sistema dicotomico del genere maschile e femminile. Questo ruolo conservatore, a cui difficilmente la Corte potrà o vorrà rinunciare in futuro, sarà sicuramente determinante nel processo di valutazione della richiesta di deferimento alla Grande Camera da parte della ricorrente. Consapevole del valore strategico che le decisioni riguardanti l'orientamento sessuale e l'identità di genere rivestono per gli Stati membri, la Corte probabilmente continuerà a ricorrere a dei "riposizionamenti strategici"[14] rispetto a tali questioni senza discostarsi in maniera radicale dalla propria giurisprudenza.

11 Vedi L. Duggan, *The Twilight of Equality: Neoliberalism, Cultural Politics and the Attack on Democracy*, Boston. 2003. Vedere anche: K.M. Franke, *The Politics of Same-sex Marriage Politics*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2006, n. 1, pp. 236-248.

12 M.B. Dembour, *Why Should Biological Sex be Decisive? Transsexualism before the European Court of Human Rights*, in *Changing Sex and Bending Gender*, A. Shaw, S. Ardener (ed.), Oxford-New York, pp. 39-59 e p. 40.

13 R. Sandland, *Crossing or Not Crossing: Gender, Sexuality and Melancholy in the European Court of Human Rights*, in *Feminist Legal Studies*, 2003, n. 2, p. 192.

14 Ead., *ivi*.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Aspetti di diritto comparato

*Giacomo 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

Sommario

1. Introduzione – 2. Il *Verfassungsgerichtshof* in Austria – 3. Il *Bundesverfassungsgericht* in Germania – 4. Segue: le similarità col caso italiano – 5. *H c. Finlandia* e la Corte Edu

Abstract

Scopo di questo articolo è fornire un'analisi concettuale dell'uso che la Corte di cassazione fa della comparazione giuridica nell'ordinanza di rimessione n. 14329/2013. Più nello specifico, verranno affrontati due casi della Corte costituzionale tedesca e austriaca e uno della Corte europea dei diritti umani. Così facendo, si vuole mostrare come questi casi non siano completamente identici a quello italiano, come invece la Corte di cassazione sembra ingenuamente suggerire. Per esempio, il ragionamento che sta dietro al caso della Corte europea dei diritti umani rinforza per molti versi la posizione secondo la quale le coppie di persone dello stesso non hanno un diritto al matrimonio, ma solo un diritto al rispetto per la vita privata e familiare.

The paper aims at providing a conceptual analysis of the use of juridical comparison in the sentence n. 14329/2013 of Italian Court of Cassation. More specifically, the paper analyses two case-laws of the German and Austrian Constitutional Courts and one of the European Court of Human Rights. This way, we want to show how these case-laws are not completely identical to the Italian one as the Italian Court of Cassation naively suggests. For example, the reasoning of case-law of the European Court of Human Rights reinforces juridically and culturally the idea that same-sex couples have no right to marriage, but just a right to respect for private and family life.

1. Introduzione

Con ordinanza di rimessione n. 14329 del 6 giugno 2013[1], la Suprema Corte ha ritenuto che la legge n. 164/1982 disciplinante la rettificazione di attribuzione di sesso, sollevi dubbi di illegittimità costituzionale nella parte dove prevede (*rectius*: prevederebbe) lo scioglimento automatico del vincolo matrimo-

* Dottore di ricerca in Filosofia del diritto e bioetica giuridica.

1 Il testo integrale dell'ordinanza è disponibile su www.cortedicassazione.it. Oltre ai commenti contenuti nel presente volume, si vedano quelli di A. D'Aloia, *Il "divorzio obbligato" del transessuale. Ancora un "incerto del mestiere di vivere" davanti alla Corte Costituzionale*, in *www.confronticostituzionali.eu*, 23 luglio 2013 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*, giugno 2013.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

niale o la cessazione degli effetti civili nel caso in cui uno dei coniugi abbia ottenuto una sentenza di rettificazione di sesso. Poiché già in altri interventi contenuti di questo volume si analizzano le motivazioni che hanno condotto la Corte di cassazione a sospendere il giudizio e a rimettere contestualmente questione di legittimità alla Corte costituzionale, mi limiterò a tratteggiare gli aspetti necessari alla riflessione che mi propongo di fare in questo breve contributo.

I supremi giudici rilevano innanzitutto un'antinomia in astratto nella misura in cui l'art. 4 della legge n. 164/1982 recita che la sentenza di rettificazione *provoca* – o *determina* secondo la novella introdotta dall'art. 36 D.lgs. n. 150/2011 – l'estinzione automatica del matrimonio, e dunque il divorzio, senza pronuncia giudiziale, contrariamente a tutte le altre ipotesi di divorzio previste nel nostro ordinamento. Nella prassi la giurisprudenza di merito ha risolto l'antinomia pronunciando, contestualmente alla sentenza di rettificazione, anche quella di scioglimento del matrimonio. Tuttavia, per la Corte di cassazione questo *escamotage*, pur avendo fino a ora supplito alla carenza normativa, non è rispettoso del principio di parità di trattamento, in quanto il giudice non è obbligato dalla legge a pronunciare la seconda sentenza e la questione è rimessa, in conclusione, alla sua personale discrezione. Allo stesso tempo non si può nemmeno presumere che sia la mera annotazione dell'ufficiale dello stato civile a provocare/determinare l'estinzione del matrimonio, in quanto le annotazioni sul registro dell'anagrafe non hanno una funzione costitutiva, ma solo dichiarativa e peraltro il divorzio può essere dichiarato soltanto da un'autorità giudiziaria nel corso di un giudizio. L'unica interpretazione possibile sembra allora essere, per i supremi giudici, che il vincolo matrimoniale si sciolga letteralmente *ope legis* a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione, con un effetto solutorio che dispensa il giudice dal dover pronunciare sentenze ufficiose e l'ufficiale dello stato civile da annotazioni non dichiarative.

Appurato ciò, sembra dunque configurarsi per la Suprema Corte una forma quanto mai insolita di "divorzio di Stato", che non può non sollevare seri dubbi di compatibilità costituzionale, in relazione ai quali si rimanda agli altri contributi presenti in questa raccolta. Come da titolo, mi concentrerò esclusivamente sull'uso che nell'ordinanza di rimessione viene fatto della comparazione al fine di motivare o supportare la rimessione stessa. In particolare, la Corte di cassazione fa riferimento a due diverse sentenze: la pronuncia n. 17849 dell'8 giugno 2006 del *Verfassungsgerichtshof* austriaco[2], la n. 10/05 del 27 maggio 2008 del *Bundesverfassungsgericht* tedesco[3]. A esse si aggiunge poi la pronuncia *H. c. Finlandia* del 13 novembre 2012 della Corte Edu. È evidente come solo la sentenza della Corte Edu potrebbe avere profili di vincolatività per l'ordinamento italiano, e può di conseguenza sollevare dubbi di costituzionalità *ex* art. 117, primo comma, Cost., mentre le restanti due possono solo svolgere una funzione euristica che non può in nessun caso sostituire l'analisi indipendente a cui è tenuto il giudice italiano. È tuttavia certo che qualche influenza la avranno, stante il prestigio e l'autorevolezza di cui gode in particolare il *Bundesverfassungsgericht*.

2. Il *Verfassungsgerichtshof* in Austria

La Corte di cassazione sottolinea innanzitutto come nei casi affrontati dal *Verfassungsgerichtshof* e dal *Bundesverfassungsgericht* ci sia in comune con il caso italiano «la necessità di porre fine al matrimonio preesistente, come "prezzo" da pagare per il riconoscimento del diritto all'effettiva identità di genere». Si vedrà tra poco come l'elemento in comune ci sia, ma con alcuni distinguo.

In Austria la rettifica del sesso anagrafico è prevista dal 1983 dal § 16 dell'ordinamento dello stato civile (*Personenstandsgesetz*) in cui venne disposto che «l'ufficio dell'anagrafe deve procedere a una correzione quando la registrazione è stata fatta in modo errato»[4]. Sempre nel 1983, il Ministero degli Interno diffuse un decreto ministeriale (*Transsexuellenerlass*, n. 36.250/66-IV/4/96) in cui si affermava che, nel caso di persona transessuale coniugata, la rettificazione del sesso anagrafico *ex* § 16 *Personenstandsgesetz* – tramite chiaramente una *fictio legis* – comportava *automaticamente* lo scioglimento del vincolo matrimoniale e la cessazione dei suoi effetti. Tale automatismo venne ben presto contestato, stante che disponeva lo scioglimento del matrimonio *ope legis*, senza cioè la necessità di domanda di uno dei

2 Si veda E. D'Orlando, *La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2006-2007*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, n. 5, p. 4137.

3 Si veda F. Saitto, *La giurisprudenza tedesca in materia di* eingetragene Lebenspartnerschaft *tra garanzie d'istituto* e Abstandsgebot. *Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011, pp. 1-9; Id., *«Particolare tutela» del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Ianus*, n. 4, pp. 109-137.

4 «*Die Personenstandsbehörde hat eine Beurkundung zu ändern, wenn sie nach der Eintragung unrichtig geworden ist*»

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

coniugi o di pronuncia giudiziale. Con sentenza n. 95/1/0061 del 30 settembre 1997[5], il più alto tribunale amministrativo austriaco (*Verwaltungsgerichtshof*) censurò tale norma, osservando in particolare che il compito dell'ufficiale dello stato civile era meramente dichiarativo, e che pertanto le annotazioni che opera nei registri di cui era responsabile non potevano avere effetti costitutivi come lo scioglimento del vincolo matrimoniale o la cessazione dei suoi effetti civili[6]. Temendo una decisione di questo tipo, il governo aveva già provveduto a modificare il *Transsexuellenerlass* in data 27 novembre 1996, introducendo, tra i vari requisiti che l'ufficiale dello stato civile doveva verificare – come l'irreversibilità del trattamento chirurgico e la corrispondenza del nuovo nome col nuovo sesso anagrafico – anche l'assenza di vincolo matrimoniale. Il punto 2.4 recitava infatti che «l'annotazione relativa al cambio di sesso nel registro dell'anagrafe è ammissibile solo quando il richiedente o la richiedente non è sposato/a»[7]. La necessità dell'introduzione del punto 2.4 nella riforma del *Transsexuellenerlass* fu motivato dal governo facendo riferimento al § 44 del codice civile austriaco (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), dove era chiaramente stabilito che l'unico matrimonio valido era quello tra persone di sesso opposto. Il divorzio da automatico diventava dunque obbligatorio e l'ufficiale dello stato civile si limitava allora a svolgere una funzione dichiarativa. Nei fatti le persone transessuali sposate non potevano ottenere la rettifica del sesso anagrafico, anche se avevano già compiuto il trattamento medico-chirurgico. Quest'ultimo era condizione necessaria ma non sufficiente, in quanto doveva essere accompagnata dal celibato o dal nubilato. Anche se non veniva sciolto più *de jure*, la persona transessuale era obbligata *de facto* a fare richiesta di divorzio – con tutte le conseguenze negative che ne potevano derivare per il coniuge e per i figli, i quali diventavano appunto *scheidungskindern*, figli di una coppia divorziata – per completare il percorso di transizione e vedere la propria identità di genere riconosciuta dalla legge. La questione di legittimità che venne sollevata davanti al *Verfassungsgerichtshof* non riguardava, di conseguenza, come nel caso italiano, il divorzio *ope legis* o automatico, ma la presenza del vincolo matrimoniale come ostacolo al completamento del percorso di rettificazione. Con sentenza n. 17849 dell'8 giugno 2006 – ovvero quella citata dalla Corte di cassazione – il *Verfassungsgerichtshof* ha ritenuto che l'esistenza o meno del vincolo matrimoniale è un aspetto della vita della persona transessuale richiedente la rettificazione anagrafica irrelato rispetto il percorso di rettificazione stesso. Il § 16 del *Personenstandsgesetz* («l'ufficio dell'anagrafe deve procedere a una correzione quando la registrazione è stata fatta in modo errato») non va infatti inteso come una volizione rimessa al singolo cittadino, che può scegliere se chiedere o meno la correzione. Il § 16 *prescrive* che il sesso anagrafico debba corrispondere al sesso anatomico. Se dunque è legittimo e dovuto il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di annotare il cambio di sesso nel caso in cui il trattamento medico-chirurgico non sia stato effettuato[8], perché coerente con la *ratio* del § 16, è invece illegittimo nel caso in cui la persona transsesuale soddisfi tutti i requisiti ma sia sposata. L'esistenza del vincolo matrimoniale come ostacolo nel processo di rettificazione è, per la Corte, «allo stato dei fatti incomprensibile[9]». In realtà è comprensibile, anche se ingiustificato, nell'ottica di tutelare i modelli familiari vigenti. Resta infatti aperta la questione che, se il matrimonio permane in essere, esso si trasforma in matrimonio tra persone dello stesso sesso, non riconosciuto dall'ordinamento austriaco. Il *Verfassungsgerichtshof* elude tuttavia di rispondere a tale problematica, con la semplice motivazione che essa non è stata esplicitamente sollevata in sede di giudizio[10].

5 Le sentenze delle Corti austriache sono disponibili su www.vlex.at.

6 Questo elemento si evince bene dalla stessa lingua tedesca, dove il verbo "divorziare" si rende col sintagma *scheiden lassen*, traducibile non con "divorziare", ma con "lasciarsi divorziare". In tedesco non si divorzia, ma ci si lascia divorziare dal giudice.

7 «*Ein Randvermerk über die Änderung des Geschlechts im Geburtenbuch darf nur dann eingetragen werden, wenn der Antragsteller oder die Antragstellerin nicht verheiratet ist*».

8 Con sentenza n. 1973/08-13 del 3 dicembre 2009, il *Verfassungsgerichtshof* ha dichiarato illeggittima la disposizione del *Transsexuellenerlass* in cui si prevedeva l'adeguamento dei caratteri genitali come prerequisito per la rettifica anagrafica nei casi in cui la persona sia convinta di appartenere all'altro sesso e l'aspetto esteriore non dia adito ad ambiguità.

9 «*Vorläufig unerfindlich*».

10 «*Der Frage ist daher im vorliegenden Zusammenhang auch vom Verfassungsgerichtshof nicht nachzugehen*».

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

3. Il *Bundesverfassungsgericht* in Germania

In Germania la legge del 1980 che disciplina la rettificazione di attribuzione di sesso (*Transsexuellengesetz*) è il risultato di una pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* dell'11 ottobre 1978[11], occasionata a sua volta dalla richiesta di una donna transessuale, la quale, sottopostasi a trattamento ormonale e chirurgico, chiedeva di poter diventare donna anche per la legge. Diversamente da quanto accade in Austria – e in Italia –, la *Transsexuellengesetz* tedesca distingue tra la "piccola" soluzione (*kleine Lösung*)[12] e la "grande" soluzione (*große Lösung*)[13]. Con *kleine Lösung* si intende infatti la possibilità di ottenere la rettifica del nome senza la contestuale rettifica del sesso anagrafico. Ne consegue che il nome della persona non deve per forza corrispondere al suo sesso. Per godere della *kleine Lösung* è necessario aver vissuto almeno tre anni come se si appartenesse all'altro sesso, oltre alla perizia psichiatrica di due medici diversi[14]. Se tuttavia la persona transessuale si sposa con una persona di sesso (anagrafico) diverso dopo aver cambiato nome, la *kleine Lösung* si annulla automaticamene, perché tale azione viene letta come una prova che ha abbandonato la condizione transessuale[15]. Questa disposizione è stata dichiarata illegittima dal *Bundesverfassungsgericht* nel 2005[16], relativamente ai transessuali omosessuali, i quali erano naturalmente portati a scegliere un partner di sesso diverso rispetto al proprio sesso anagrafico, ma invece uguale al sesso a cui ritenevano di appartenere. Non avendo inoltre mutato il sesso anagrafico, il matrimonio risultava comunque tra persone di sesso diverso. Non c'era dunque motivo di non riconoscere la particolarità del loro orientamento sessuale e trattarli sfavorevolmente rispetto ai transessuali eterosessuali, stante anche che, se la persona era già sposata al momento del cambio di nome, la relazione matrimoniale restava intatta[17].

Con *große Lösung* si fa al contrario riferimento non solo al cambio del nome, ma anche alla rettifica del sesso anagrafico. Ai requisiti della *kleine Lösung* se ne aggiungono altri tre, decisamente più impegnativi: la persona 1) non deve essere sposata[18], 2) deve essere sterile[19] e 3) deve essersi sottoposta al trattamento medico-chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali[20]. Al di là delle possibili lesioni cagionate dai punti 2 e 3 al diritto alla salute[21], a noi interessa il punto 1, che è stato oggetto della pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 26 maggio 2008[22], citata dalla Corte di cassazione. Il caso riguardava una donna transessuale, la quale, dopo cinquantasei anni di matrimonio e tre figli, aveva deciso di sottoporsi a trattamento medico-chirurgico per diventare donna. Già dal 2001 aveva inoltre goduto della *kleine Lösung* e aveva assunto un nome coerente con la sua identità di genere femminile. In base alla *Transsexuellengesetz*, il sesso anagrafico poteva essere rettificato dopo l'adeguamento dei caratteri sessuali, ma solo se il soggetto era celibe o nubile. Questo comportava che la persona transessuale sposata avrebbe dovuto chiedere il divorzio al fine di essere eleggibile per la modifica anagrafica. Nel caso di specie, la donna transessuale lamentava che era stata sposata per moltissimi anni e che il solo pensiero di dividersi dalla moglie era insopportabile. Sosteneva, inoltre, di non essere in grado di sostenere i costi materiali del divorzio e gli eventuali costi a esso successivi. Infine, lamentava che in Germania si poteva

11 *Docket* n. BvR 16/72. Da allora il *Bundesverfassungsgericht* si è più volte pronunciato su aspetti connessi a tale legge, vietando discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale delle persone transessuali il 6 dicembre 2005 (*Docket* n. 1 BvL 3/03), dichiarando incostituzionale la previsione che impediva ai minori di venticinque anni di accedere alle due soluzioni il 16 marzo 1982 (*Docket* n. 1 BvR 938/81) ed eliminando il requisito di cittadinanza tedesca per accedere al percorso di transizione il 18 luglio 2006 (*Docket* n. BvL 1/04). Tutte le sentenze tedesche citate sono liberamente accessibili su www.juris.de.

12 § 1.

13 § 8.

14 § 4(3).

15 § 7.

16 *Docket* n. 1 BvL 3/03, 6 dicembre 2005.

17 Con sentenza del 28 gennaio 2011, *Docket* n. 1 BvR 3295/07, il *Bundesverfassungsgericht* ha applicato lo stesso ragionamento ai transessuali eterosessuali che godono della *kleine Lösung* e che desiderano entrare in una *Lebenspartnerschaft*, riservata solo alle coppie di persone dello stesso sesso.

18 § 8(1)(2).

19 § 8(1)(3).

20 § 8(1)(4).

21 Si veda a questo proposito A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, pp. 49-98.

22 *Docket* n. 1 BvL 10/05.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

ottenere il divorzio solo dopo tre anni di separazione, i quali servivano a dimostrare che il matrimonio era "fallito"[23], mentre nel caso di specie esso era perfettamente funzionante. Nell'esaminare il ricorso, il *Bundesverfassungsgericht* ha osservato come il fine del § 8(1)(2) fosse quello di impedire l'esistenza di un matrimonio tra persone dello stesso sesso, non permesso dall'ordinamento tedesco. Il fine statale di mantenere intatti i modelli familiari è, per la Corte, legittimo ma sproporzionato (*unverhältnismäßig*) nei suoi effetti, in quanto non tiene conto del necessario bilanciamento con i diritti fondamentali della persona transessuale e dell'altro coniuge, tra cui lo stesso diritto al matrimonio *ex* art. 6 Cost. tedesca (*Grundgesetz*): «Lo Stato ha il compito di proteggere il matrimonio, non può estinguerlo contro la volontà degli sposi o obbligarli a richiedere il divorzio»[24].

Inoltre, prosegue la Corte, la persona transessuale si troverà nella difficile situazione di dover scegliere tra il diritto al matrimonio e il diritto alla identità personale, dovendo rinunciare all'uno o all'altro. Ciò contrasta con il fine generale della *Transsexuellengesetz*, che mira a garantire alla persona transessuale un'armonia psico-fisica, che invece viene messa in dubbio dall'obbligo di chiedere il divorzio, che nulla ha invece a che fare con il raggiungimento di tale armonia[25]. Lo Stato non può imporre agli sposi di rinunciare al loro diritto al matrimonio al fine di tutelare i modelli familiari, senza peraltro offrire un istituto parallelo in cui possono trovare le stesse tutele e protezioni offerte dal matrimonio stesso. A maggior ragione se si tiene conto che il matrimonio è composto da due persone, e il coniuge non transessuale si troverebbe così a subire una lesione della sua libertà matrimoniale senza alcun vantaggio o compensazione. Utilizzando lo strumento della cosiddetta sentenza "monito" il *Bundesverfassungsgericht* ha invitato il parlamento a correggere la *Transsexuellengesetz* nella direzione di un equo bilanciamento tra gli interessi contrastanti. La stessa Corte ha però prospettato al legislatore due possibili soluzioni: eliminare *sic et sempliciter* la norma censurata, permettendo dunque alla persona transessuale di rimanere sposata, o permettere alla persona transessuale di continuare la relazione affettiva all'interno di una *lebenpartnershaft*, a patto che in essa possa mantenere tutti i diritti e le tutele che godeva nell'istituto matrimoniale.

4. Segue: le similarità col caso italiano

Sia il *Verfassungsgerichtshof* che il *Bundesverfassungsgericht* hanno dunque ritenuto essere censurabile la disposizione delle rispettive leggi in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, perché lesiva dei diritti della persona transessuale, dato che la poneva nella difficile situazione di scegliere tra il raggiungimento di un'armonia psico-fisica e la continuazione del vincolo affettivo. La Corte di cassazione ne deduce che «deve, pertanto, affermarsi che l'ingerenza statuale situata "a monte" o a "valle" del procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso, consistente nell'obbligo preventivo o nell'effetto consistente solutorio successivo sul vincolo coniugale, determina la lesione di un diritto». Se nella prima parte della citazione i supremi giudici hanno ragione nel sottolineare l'analogia dei casi austriaco e tedesco con quello italiano, nella seconda parte non si può non rilevare una "forzatura" del significato dei precedenti. Sia in Austria che in Germania infatti il "prezzo" da pagare era, *mutatis mutandis*, sempre "a monte": era condizione di ammissibililità al procedimento stesso. Ciò significa, o meglio significava, che la persona transessuale che desiderava ottenere la rettifica del sesso anagrafico, si trovava nella necessità ineludibile di sottoporsi all'intervento chirurgico e poi di chiedere il divorzio, che quindi era *obbligatorio*. Benché sia vero che così facendo la persona transessuale era costretta a scegliere in modo esclusivo tra il diritto all'identità personale e quello al matrimonio, e la norma era per questo censurabile, la richiesta di divorzio era comunque formalmente fatta da uno dei coniugi. Nel caso italiano, il divorzio non è obbligatorio, ma è *automatico*, ovvero avviene *indipendentemente* non solo dal consenso, che mancava parimenti nei due casi esteri, ma anche dalla richiesta della persona transessuale o del coniuge. Avviene insomma *ex opere operato*. Detto altrimenti, se in Austria e in Germania lo scioglimento del vincolo matrimoniale era un prerequisito necessario della procedura di rettificazione del sesso legale, nel caso italiano è un effetto, benché altrettanto necessario, della stessa procedura. Ciò non significa che la Corte di cassazione sbagli nell'usare tale comparazione come metodologia interpretativa; d'altronde

23 *Buergerliches Gesetzbuch* § 1566(2).

24 «*Der Staat müsse Ehen schützen, er dürfe sie nicht gegen den Willen der Ehegatten aufheben oder diese zwingen, die Scheidung zu beantragen*».

25 «*Im Vordergrund stehe das Streben nach Übereinstimmung von Psyche und Physis des Betroffenen, nicht die Sexualität. Könne eine Ehescheidung nicht herbeigeführt werden, weil die Voraussetzungen dafür nicht vorlägen, dürfe dem Betroffenen die Personenstandsänderung nicht verweigert werden*».

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

se l'estinzione del matrimonio è illegittima "a monte", *a fortiori* lo è anche a "a valle", ma le due eventualità vanno in ogni caso tenute distinte. La Suprema Corte avrebbe dovuto semmai citare la pronuncia n. 95/1/0061 del 30 settembre 1997 del *Verwaltungsgerichtshof*, in cui appunto si contestava la legittimità di una estinzione *ex lege* del matrimonio, a seguito della sentenza di rettificazione passata in giudicato.

5. *H c. Finlandia* e la Corte Edu

Benché il parlamento tedesco abbia poi deciso di abrogare la disposizione impugnata[26], il *Bundesverfassungsgericht* aveva prospettato un altra possibilità, quella di trasformare il matrimonio in *lebenpartnershaft*, che è proprio quello che invece prevede la legge finlandese. Il terzo caso citato dalla Corte di cassazione è infatti la decisione della Corte Edu in *H c. Finlandia*[27]. Qui il ricorso è occasionato dalla doglianza di una persona transessuale di origini finlandesi regolarmente coniugata dal 1996, la quale prende successivamente coscienza della propria transessualità, cambia nome nel 2006 e si sottopone infine a trattamento medico-chirugico per armonizzare il corpo maschile alla identità di genere femminile. Non diversamente dall'ordinamento tedesco, anche in quello finlandese l'adeguamento dei caratteri sessuali è una condizione necessaria[28] ma non sufficiente per ottenere la rettifica del sesso anagrafico. La persona transessuale deve essere celibe/nubile o deve ottenere dal coniuge il consenso per trasformare l'istituto familiare in cui si trova secondo i modelli familiari vigenti. Come in Germania la legge finlandese riserva l'istituto matrimoniale alle coppie di persone di sesso diverso e le unioni civili (*registrerat partnerskap*) alle coppie di persone dello stesso sesso. Se uno dei membri della coppia di persone dello stesso sesso si sottopone all'adeguamento dei caratteri sessuali, la coppia diventa tra persone di sesso diverso e la *registrerat partnerskap* deve essere "trasformata" in matrimonio, se si vuole ottenere l'annotazione del cambio di sesso su registro anagrafico. Nel caso di specie, avveniva il contrario, ovvero il matrimonio doveva essere trasformato in una *registrerat partnerskap*, in quanto dopo il trattamento medico-chirurgico si era venuta a creare una coppia di persone dello stesso sesso, a cui la legge riservava il matrimonio. Come si è detto, tale trasformazione non avveniva in automatico, ma richiedeva il consenso del coniuge o del partner della *registrerat partnerskap*, che nel caso presente mancava. Per ottenere la rettifica del sesso anagrafico, alla ricorrente non sarebbe rimasto dunque che chiedere il divorzio e tornare a essere nubile, ma il divorzio era contro le sue idee religiose né desiderava lasciare la moglie. Si lamentava così una violazione degli artt. 8 e 12 Cedu, relativi rispettivamente al diritto alla vita privata e familiare e al diritto al matrimonio, nella misura in cui si imponeva alla persona transessuale la scelta tra la propria identità personale e la continuazione del vincolo matrimoniale, quando mancava il consenso del coniuge, e l'ingiusta trasformazione del matrimonio in una *registrerat partnerskap* quando invece questo consenso c'era.

Ancora una volta, dunque, il "prezzo" da pagare è a "monte" e non a "valle". La differenza con i casi austriaco e tedesco è che in *H c. Finlandia* la "trasformazione" è complicata dal fatto che non può avvenire su richiesta unilaterale di uno dei coniugi, ma è necessario il consenso di entrambi. Contrariamente alle aspettative, la Corte Edu ha opposto alla lesione dei diritti fondamentali della ricorrente l'interesse dello Stato a conservare i modelli familiari vigenti, opposizione che deve comunque condurre a risultati non sproporzionati rispetto ai diritti e agli interessi in gioco. Poiché in Finlandia l'istituto delle *registrerat partnerskap*, riservato alle coppie di persone dello stesso sesso, presenta gli stessi diritti e gli stessi doveri di quello matrimoniale, il bilanciamento è, nell'opinione unanime dei giudici europei, ben proporzionato[29]. Una proporzionalità comunque opinabile per la persona transessuale. Più ragionevole appare semmai la tutela offerta al coniuge, il quale, lungi dall'essere semplicemente colpito dalla trasformazione del proprio istituto familiare come nel caso italiano, può opporre rifiuto.

Come *H c. Finlandia* possa aiutare nel decidere il caso italiano è meno chiaro di quanto sembri *prima facie*. Innanzitutto riguardo il coniuge di persona transessuale, che potrebbe opporre rifiuto, esso riceve una tutela che è in larga parte fittizia, stante che proprio l'eventuale rifiuto costringerà la persona transessuale a dover scegliere tra rimanere sposata (o in una *registrerat partnerskap*), rinunciando alla rettificazione del sesso anagrafico, o chiedere il divorzio, rinunciando alla continuazione della relazione

26 Il Parlamento ha eliminato il § 8(1)(2) dalla *Transsexuellengesetz* il 19 giugno 2009.

27 Il testo integrale della sentenza è disponibile nel database Hudoc.

28 Altre condizioni necessarie sono la maggiore età e la sterilità. Si veda più in generale il § 1 della legge *Laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta* del 2002 disciplinante questa materia.

29 «*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*» (par. 50).

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

affettiva. Come il divorzio possa tutelare il coniuge resta francamente un mistero. L'unica nota positiva che vale a differenziarlo da quello italiano è che, essendo ancora una volta un divorzio *obbligatorio* e non *automatico*, le questioni patrimoniali o di altro tipo relative all'estinzione del matrimonio, possono e devono essere risolte dai due coniugi in sede di giudizio. Si è poi detto che la legge finlandese sulla rettificazione di attribuzione di sesso opera nei due sensi: il matrimonio tra due persone di sesso diverso diventa *registrerat partnerskap* e una *registrerat partnerskap* di persone dello stesso sesso diventa matrimonio. Se dunque è vero che nel contesto italiano manca completamente la propozionalità auspicata dalla sentenza europea, stante che il vincolo matrimoniale si scioglierebbe senza dare luogo a nessun altro tipo di unione, ciò non significa che alla coppia di persone dello stesso sesso che si è venuta a creare tra la persona transessuale e la coniuge debba necessariamente essere concesso di rimanere sposate; la Corte Edu ha nei fatti avvallato un trattamento differenziato per coppie di persone dello stesso sesso e coppie di persone di sesso diverso da parte dello Stato. In altre parole, *H c. Finlandia*, come d'altronde già *Schalk e Kopf c. Austria*, riconduce al *margin of appreciation* degli Stati se escludere o no le coppie di persone dello stesso sesso dall'istituto matrimoniale, disconoscendo il valore simbolico oltre che materiale del matrimonio rispetto ad altri tipi di unioni para-matrimoniali, le quali non hanno ragion d'essere in un ordinamento se non quella di una *separate-but-equal policy*. Se *H c. Finlandia* è quindi utile alla risoluzione del caso italiano, lo è solo per il mancato bilanciamento prospettantesi e non perché la neo-coppia di persone dello stesso sesso abbia un qualche diritto a rimanere sposata ai sensi della Cedu; e il *punctum pruriens* sta in fondo proprio qui, che la coppia che si viene a creare dopo la sentenza di rettificazione è una coppia di persone dello stesso sesso. La Corte di cassazione nella sua ordinanza di rimessione sottolinea come il caso che ha davanti non possa essere equiparato alla situazione in cui una coppia di persone dello stesso sesso chiede di accedere al matrimonio, visto che le ricorrenti sono "già" sposate e dunque il loro matrimonio è tutelato *ex* art 29 Cost.: «[…] il mancato riconoscimento del diritto di sposarsi non può essere equiparato alla soppressione di uno *status* già acquisito, essendo in tale ipotesi i coniugi già titolari di quel complesso di diritti e doveri che l'ordinamento riserva loro appunto in ragione di tale *status*». Niente di più vero. La stessa Corte costituzionale ha sottolineato la differenza tra orientamento sessuale e identità di genere nella sentenza n. 138 del 15 aprile 2010[30]. Eppure, allo stesso tempo, è difficile ignorare il fatto che il dubbio di legittimità costituzionale, di cui all'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione n. 14329 del 6 giugno 2013, non sarebbe probabilmente sorto in l'Italia – come d'altronde non sarebbe sorto, *mutatis mutandis*, nemmeno in Austria, Germania e Finlandia – se il matrimonio fosse consentito anche tra persone dello stesso sesso. Il problema è proprio che, indipendentemente dall'identità di genere e dall'orientamento sessuale dei coniugi, dopo la rettificazione anagrafica si viene a creare formalmente un matrimonio tra persone dello stesso sesso, che per la legge è invalido o, se celebrato all'estero, inidoneo a produrre effetti quale atto di matrimonio[31]. Solo tenendo presente questo aspetto, si può comprendere il perché si sia occasionata l'ordinanza di rimessione. Non è "l'attraversamento" della coppia da parte della sentenza di rettificazione a determinare l'estinzione del matrimonio, ma il paradigma eterosessuale (*rectius*: eteronormativo) che pervade ancora l'istituto matrimoniale stesso.

30 Il testo della sentenza è disponibile su www.cortecostituzionale.it.

31 Corte di cassazione, 15 marzo 2012, n. 4184, in www.cortedicassazione.it.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

*Ascensión Elvira**

Transexualidad, matrimonio y divorcio en derecho comparado

Sommario

1. Introducción – 2. Reconocimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo y uniones civiles – 3. Tipos de matrimonio y divorcio – 4. (Im)posibilidad de continuar el vínculo en caso de cambio de sexo de los miembros de una pareja – 5. Conclusiones

Abstract

Ci sono differenti regimi di matrimonio ma è possibile tracciare una tendenza – almeno nei paesi occidentali – a riconoscere il matrimonio a persone dello stesso sesso. Questa possibilità è anche il modo più efficace per evitare l'esigenza di divorzio nel caso in cui uno dei coniugi cambi sesso. Alcuni paesi, sebbene neghino il matrimonio a persone dello stesso sesso, accettano la continuità di questi matrimoni (Germania, Austria), al fine di non danneggiare la dignità umana. La dignità umana e la libertà personale saranno pertanto più danneggiate in quei paesi in cui le persone dello stesso sesso non hanno nemmeno la possibilità di stringere unioni civili.

There are different regimes of marriage, but we can find a tendency – at least in western countries – to recognize the marriage between same-sex couples. This recognition of same-sex marriage is also the best way to avoid the requirement of divorce when one member of a previous heterosexual marriage change his/her sex. Nevertheless some countries, which don't allow same-sex marriage, have accepted the maintenance of the marriage (Germany, Austria) in these cases, because otherwise will be affected human dignity. The affection to human dignity and personal freedom will be deeper affected in those countries that have neither any kind of civil unions for same-sex people.

1. Introducción

El tratamiento jurídico de la transexualidad ha corrido paralelo, por una parte, a los avances médicos que han permitido los tratamientos necesarios para llegar hasta la reasignación de sexo y, por otra, a la evolución de la sociedad. El derecho ha tenido que dar respuestas a esa situación, pero con frecuencia lo ha hecho arrastrado por los hechos, a costa de las dificultades que, a la espera de los cambios, han tenido que sufrir los afectados.

En Europa, el Tribunal europeo de derechos humanos (Tedh) ha sido árbitro de algunos de esos conflictos de tal manera que, primero, hubo de pronunciarse sobre el reconocimiento jurídico del cambio de sexo, debido a la negativa de los Estados a inscribir el cambio de sexo en el registro correspondiente o por efectuar un cambio registral parcial que seguía delatando el sexo originario de la persona transexual, condicionando, a su vez, otra serie de derechos. En esta línea encontramos los asuntos, el

* Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco la ayuda que me han prestado diversos amigos: Consuelo Gómez-Pulido en la búsqueda de documentación; Abraham Sánchez, Gonzalo García Pino, Gastón Gómez, Daniela Brückner, Adam Krzywon y Pablo Bornstein me han servido de corresponsales, proporcionándome información de sus países y ricas sugerencias; Agustín Motilla de la Calle y José Mª Martí Calle me han ilustrado sobre Derecho Canónico; por último, Jaime Nicolás me ha ayudado con las traducciones del alemán y con sus incisivos comentarios.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

caso *B c. Francia*, o *I c. Reino unido*, en el que el Tedh se hace eco de una sentencia del Tribunal de justicia de las Comunidades europeas de 30 de abril de 1996 en el asunto *P. c. S. y Cornwall County Council*, donde el Tribunal de justicia de la Unión europea (Tjue) consideraba que una discriminación fundada en el cambio de sexo equivaldría a una discriminación fundada en el sexo.

Aunque el reconocimiento del cambio de sexo y el subsiguiente cambio registral se ido abriendo camino en diferentes Estados[1], aún se aprecian diferencias entre los requisitos exigidos para acceder al cambio registral y la exigencia o no de resolución judicial previa. Además algunos Estados distinguen entre los supuestos en los que se ha llevado a cabo una cirugía de reasignación sexual plena y aquellos en los que no se ha producido[2].

En bastantes de los casos tratados, con – o junto con – el cambio en la inscripción registral se abordaba la posibilidad y alcance de dichas inscripciones y, en su caso, la posibilidad de contraer matrimonio. En este punto, en unas primeras sentencias – como en los asuntos *Rees* y *Cossey*[3] –, el Tedh interpretó que la vinculación a un concepto tradicional de matrimonio permitía que el Estado defensor continuara aplicando un concepto de matrimonio vinculando a criterios biológicos en lo que se refiere a la determinación del sexo de una persona a esos efectos, pues estimaba que el art. 12 del Convenio europeo de derechos humanos (Cedh) garantizaba el derecho al matrimonio entendido como el matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto, sobre la base de que el objetivo perseguido consiste esencialmente en proteger el matrimonio en tanto que fundamento de la familia, concluyendo que correspondía a los Estados la regulación de esta institución[4].

El cambio doctrinal del Tedh se produjo en el conocido asunto *Christine Goodwin*[5], cuando pasa a considerar que los términos utilizados en el artículo 12 – el derecho de un hombre y una mujer a contraer matrimonio –, no podían ya entenderse de tal forma que el sexo hubiera de determinarse por motivos exclusivamente biológicos, puesto que después de la adopción del Convenio (1950), la institución del matrimonio se había visto alterada por la evolución de la sociedad e invoca el art. 9 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión europea en apoyo de su argumentación. Todo lo cual le lleva

---

1 En España, la regulación legal se produjo con la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Con anterioridad para obtener dicha rectificación era preciso contar con una resolución judicial.

2 De forma paralela hay que tomar en consideración que en el Estado existan centros especializados en los que se permita ese tipo de cirugía (en su caso, con posibilidad de que los costes los sufrague la seguridad social) o que carezca de dichos centros o el ordenamiento lo impida. En este sentido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de septiembre de 2007, *L. c. Lituania*.

3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 17 octubre de 1986, *Rees c. Reino unido*; Id., 27 de septiembre de 1990, *Cossey c. Reino unido*; Id., 30 de julio de 1998, *Sheffield y Horsham c. Reino unido*.

4 Los argumentos en los que se apoyaba el Tribunal europeo de derechos humanos eran: a) La exigencia de un justo equilibrio no llevaría a constreñir al Estado defensor a modificar su registro de nacimientos, destinado a relatar hechos históricos, llevándolo a indicar el sexo actual; b) Una anotación en el registro de nacimientos que indicara el cambio de identidad sexual solamente hubiera mostrado su sexo actual no el de nacimiento y, en cualquier caso, su vida privada quedaría expuesta; c) Por otra parte, un cambio en el sistema se consideraba que podía producir efectos perversos en el campo del derecho de familia y sucesorio, además de privar a los terceros de "indicaciones sobre las cuales tienen un legítimo derecho".

Resulta de interés el voto disidente que formuló el juez Martens en la sentencia del caso *Cossey*, en el cual se hacía eco de los pronunciamientos del tribunal de apelación del Tribunal Superior de Nueva Jersey en 1976 y del Tribunal Constitucional alemán de 1978. Del segundo recogía las siguientes palabras: "La dignidad humana y el derecho fundamental de cada uno a desarrollar su personalidad libremente convierten en imperativa la adaptación de la condición personal de un individuo al sexo al cual pertenece conforme a su constitución psicológica y física", por lo que entendía que la defensa de los derechos fundamentales había de llevar a permitir un cambio en el registro de nacimientos sin que por ello se viera afectado ningún interés general de la sociedad superior a la garantía de aquéllos. Además consideraba que «[l]a identidad sexual no constituye solo un aspecto fundamental de la personalidad de cada uno, sino también, a causa de la omnipresencia de la dicotomía sexual, un hecho social importante. Para los transexuales operados, que han adquirido el suyo deliberadamente, al precio de sufrimientos psíquicos y físicos considerables, constituye un elemento particularmente importante y sensible». Este argumento lo recuperaría posteriormente el Tedh en su doctrina y se ha adoptado asimismo en otros ámbitos.

Con respecto al concepto de derecho al matrimonio presente en el art. 12 Cedh opinaba el Juez Martens que «[s]i el art. 12, que utiliza los términos 'el hombre y la mujer', indica claramente que el matrimonio es la unión de dos personas de sexo opuesto, ello no significa sin embargo necesariamente que el 'sexo' en ese contexto haya de entenderse como 'sexo biológico'. No debería afirmarse que la 'tradición' implique que el 'sexo' en ese contexto no pueda designar más que "la constitución biológica de un individuo tal como ha sido fijada en el nacimiento». La argumentación le lleva a considerar, en consecuencia, que resulta arbitrario e irrazonable ignorar una operación de conversión sexual y mantener el criterio del sexo biológico, para añadir, en otro punto, que como ha dicho un autor, a través del vínculo del matrimonio los cónyuges "indican al mundo exterior que su relación se funda sobre emociones humanas intensas, un compromiso recíproco exclusivo y un elemento de permanencia." Es en consecuencia un tipo de comunidad en la que los lazos intelectuales, espirituales y emocionales resultan al menos tan esenciales como los vínculos físicos.

5 Tribunal europeo de derechos humanos, 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin c. Reino unido*.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

a considerar que impedir a un transexual operado casarse con su nueva identidad sexual supone una violación del art. 12 del Convenio.

Este reconocimiento no cerró la puerta a otro problema que se suscitó con posterioridad: la posibilidad de mantener el matrimonio en el caso de que uno de los cónyuges cambiara su identidad sexual. El asunto ha sido objeto, hasta la fecha, de tres pronunciamientos por parte del Tedh: *Parry c. Reino unido* y *R. et F. c. Reino unido* o *H. c. Finlandia*, de ello nos ocuparemos posteriormente.

2. Reconocimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo y uniones civiles

El siglo XXI comenzó marcado por el inicio del reconocimiento del matrimonio a parejas del mismo sexo, logro que poco a poco va ganando terreno[6], a pesar de que aún provoca contestación (incluso en los Estados donde se admite) por parte de significativos sectores sociales.

El Estado pionero a la hora de ampliar el matrimonio a las personas homosexuales fueron los Países bajos[7] (2000), a los que siguieron, en Europa, Bélgica[8] (2003), España[9] (2005), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal[10] (2010), Islandia (Ley de 2010), Dinamarca (2012), Francia[11] y Reino unido[12] (2013), lo que lleva a un reconocimiento generalizado en Europa occidental. En América, el pionero fue el Estado de Massachusetts en Estados unidos (*Supreme Judicial Court*, *Goodridge c. Department of Public Health*, de 2004), siguiéndole luego Canadá (*Civil Marriage Act* de 2005) y otros Estados de Estados unidos de América, ya por acción del legislador o por interpretación judicial: Connecticut (2008), Iowa (2009), Vermont (2009), New Hampshire (2010), Distrito de Columbia – Washington (2010), y New York (2011); a ese reconocimiento hay que sumar las sentencias del Tribunal Supremo de los Estados unidos de América de 26 de junio de 2013[13], en las que declara inconstitucionales las diferencias de tratamiento entre el matrimonio de personas heterosexuales y homosexuales por parte de una ley federal (Defense of Marriage Act [DOMA])[14]. En América del Sur, han aprobado leyes favorables Argentina (Ley de 2010), Ciudad de México (Ley de 2009) y Uruguay (2013), mientras que en Brasil el reconocimiento se debió a una sentencia del Supremo Tribunal federal de 2011[15]. En otros continentes, Sudáfrica (Ley núm. 17 de 2006) y Nueva Zelanda (2013) se han sumado a esta corriente. No obstante, conviene precisar que ese reconocimiento no supone en todos los casos una igualdad absoluta con el de las parejas heterosexuales, pues en ocasiones se establecen diferencias, en particular en lo que se refiere a la adopción, si bien se

6 Sobre la cuestión en diversos Estados y otros aspectos referidos a las personas LGTB, véase Aa.Vv., *Revista General de derecho constitucional* (electrónica), 2013, n. 15. Monográfico.

7 La ley, aprobada en diciembre de 2000, entró en vigor el 1 de abril de 2001. Desde 2004 la Iglesia protestante holandesa admite también la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo.

8 Ley de 30 de enero de 2003. A partir de 2006 se permite la adopción a las parejas homosexuales.

9 Ley 13/2005, de 1 julio. Tribunal constitucional, 6 de noviembre 2012, n. 198. En ella, entre otros aspectos, se señalaba la evolución de la sociedad y afirmaba: "lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales" (F.J. 11).

10 Lei nº 9/2010, de 31 de maio.

11 En Francia, la ley que abre el matrimonio a parejas de personas del mismo sexo (Ley n° 2013-404 de 17 de mayo de 2013, JO n°114 du 18 mai 2013). La decisión del Consejo constitucional, 17 de mayo de 2013, n° 2013-669 DC *sobre la Ley que abre el matrimonio a parejas del mismo sexo*, niega que la ley vulnere derechos o principios fundamentales de la República, a la vez que afirma que corresponde al legislador decidir si trata o no de manera igual situaciones desiguales, sin que el Consejo constitucional pueda sustituirle.

12 *Marriage (Same Sex Couples) Act*, 2013. El Parlamento escocés ha aprobado el matrimonio para personas del mismo sexo el 4 de febrero de 2014. Irlanda del norte aún no cuenta con legislación en este sentido.

13 *U.S. v. Windsord*, 570 U.S. (2013); *Hollingsworth et al. v. Perry et al.*, 570 U.S. (2013).

14 No obstante, es preciso recordar que la legislación sobre el matrimonio es competencia de los Estados.

15 Las sentencias de tribunales constitucionales o tribunales supremos no resuelven todos los problemas suscitados, pues suelen dejar sin resolver asuntos relativos al alcance del fallo, puesto el pronunciamiento a favor de las uniones entre personas del mismo sexo tienen repercusiones de diverso índole, por lo que resulta conveniente la posterior intervención del legislador que despeje todas las dudas. Una clara prueba de los problemas que se suscitan lo encontramos en Colombia a raíz de la sentencia de la Corte constitucional C-577/11 a la que a continuación nos referiremos.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

aprecia una tendencia a favor de una total equiparación[16].

Por otra parte, es preciso también tener presente que cuando el reconocimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo no procede del legislador sino de los tribunales, pueden plantearse diversos problemas, como sucedió en Colombia, donde la sentencia C-577 de 2011 de la Corte constitucional declaró que existía un déficit de protección para las parejas del mismo sexo al carecer de un vínculo que les permitiera solemnizar su unión, aunque dispusieran de la posibilidad de la unión de hecho. La Corte, sin embargo, descartó efectuar ella misma la asimilación en el régimen de las parejas hetero y homosexuales, dada la multitud de implicaciones que conlleva (por ejemplo, en torno a la adopción) y exhortó al Congreso, dándole un plazo, para que regulara un vínculo contractual, con independencia del nombre que se le diera y condición de que si, vencido el plazo, no se había producido la ley, las parejas del mismo sexo podrían acudir ante notario o juez competente para formalizar su vínculo contractual. El Congreso no llegó a aprobar la ley, pero, de acuerdo con el sentido de la citada sentencia, algunas parejas homosexuales han acudido ante jueces y los han declarado casados, aunque sin utilizar la palabra matrimonio; otros se han referido al vínculo contractual y, en algún caso, han hecho solicitud de matrimonio y así se ha aceptado[17].

A los Estados que admiten el matrimonio para parejas del mismo sexo hay que sumar aquellos otros que reconocen algún tipo de unión civil entre parejas del mismo sexo, institución a la que se atribuyen diferentes derechos, en general sin llegar a establecer una equiparación con el matrimonio, lo que precisamente ha dado lugar en diferentes ocasiones a demandas por este motivo, por entender que se discrimina a las parejas homosexuales. Las diferencias más importantes suelen ser las parentales, puesto que con frecuencia se impide la adopción o la inseminación artificial. En general la equiparación se refiere a aspectos concernientes a la igualación en el régimen impositivo, las cotizaciones a la seguridad social y las pensiones, y así mismo a la obtención de un permiso de residencia y a la ciudadanía, cuando la pareja es extranjera, a la no obligación de testificar en contra, al estatuto de pariente para asuntos médicos, a la transmisión de alquiler a la muerte de la pareja y a la donación de órganos.

Una unión civil podrá convertirse en matrimonio en el momento en el que se reconozca tal posibilidad y, en este sentido, la *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* del Reino unido (Sec 9) presenta una previsión que merece una clara valoración positiva, pues se indica expresamente que las uniones civiles registradas de parejas homosexuales se conviertan en matrimonio en el momento de entrada en vigor de la nueva ley se comprenderán retrotraídos los efectos del matrimonio a la fecha en que se produjo la unión civil.

Con respecto a la doctrina del Tedh sobre el matrimonio, el Tribunal de Estrasburgo estima que no existe una obligación de reconocimiento del matrimonio para parejas homosexuales, sino que lo deja a la apreciación de los legisladores estatales, aludiendo a la disparidad de regulaciones en los diferentes países miembros[18], como expone en el caso *Schalk y Kopf c. Austria*[19], en la que se pronuncia sobre los efectos de la unión civil. Este asunto resulta reseñable por otro motivo: a partir de él (§ 95), el Tedh admite no solo que una pareja homosexual goza del derecho a la 'vida privada' como había apreciado hasta entonces, sino también del derecho a la 'vida familiar', lo cual supone un salto cualitativo significativo, pues supera la concepción individualista para asumir el pleno reconocimiento de la vida en pareja de personas homosexuales y de los derechos que de ese reconocimiento puedan derivarse (si bien las consecuencias que extrae, por el momento, son limitadas y permite un margen de apreciación al Estado).

Por otra parte, merece la pena recordar cómo en la Unión europea su Carta de los derechos fundamentales[20] al enunciar el derecho al matrimonio y a fundar una familia lo hace sin recurrir a la tradicional referencia al hombre y a la mujer (art. 9 de la Carta)[21], lo cual supone un apoyo a la hora de abrir el matrimonio a parejas homosexuales o a transexuales. Además en su art. 21 recoge expresamente la

16 Holanda y Bélgica, por ejemplo, modificaron la legislación para proceder admitir la adopción también por parejas del mismo sexo.

17 La Procuraduría ha solicitado, por medio de la tutela, la nulidad de estos matrimonios, que cabe esperar sean seleccionadas por la Corte constitucional para su revisión.

18 Es práctica habitual del Tedh permitir un margen de apreciación a los Estados en supuestos controvertidos, mientras que una vez que se llega a un consenso más o menos generalizado el Tedh asume la protección del derecho o vertiente del derecho controvertido, como sucediera con algunos derechos de los transexuales, de acuerdo con las sentencias anteriormente citadas.

19 Tribunal europeo de derechos humanos, 24 junio 2010, *Schalk y Kopf c. Austria*.

20 La Carta, recordemos, goza de igual valor jurídico que los Tratados, de acuerdo con el art. 6 del Tratado de la Unión europea (TUE) en la redacción dada por el Tratado de Lisboa.

21 Eso sí, se añade "según la leyes nacionales que regulen su ejercicio", como por otra parte es lógico al tratarse de una competencia estatal.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

prohibición de discriminación por razón de orientación sexual[22]. Esa apertura ha hecho que la Carta haya sido invocada tanto por el Tedh como los tribunales nacionales a la hora de defender las uniones entre personas del mismo sexo.

Por otro lado, aunque en la Unión europea la regulación del matrimonio es competencia de los Estados, cabe citar cómo el Abogado General Jääskinen afirmaba que "en el supuesto de que un Estado miembro no admitiese ninguna forma de unión legalmente reconocida abierta a las personas del mismo sexo cabría considerar que existe una discriminación por motivos de orientación sexual, porque puede deducirse del principio de igualdad, puesto en relación con el deber de respetar la dignidad humana de las personas homosexuales, una obligación de reconocer a éstas la facultad de vivir una relación afectiva duradera en el marco de un compromiso consagrado jurídicamente"[23]. Estas palabras muestran una evolución que debería servir para impulsar el reconocimiento de las uniones de las personas homosexuales.

Volviendo al Tedh, la sentencia del asunto *Vallianatos y otros c. Grecia*[24] supone un paso adelante más en el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, a la vez que aplica las resoluciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa en torno la eliminación de discriminación para los homosexuales[25], y de este modo declara la vulneración por parte de Grecia del art. 8 y del art. 14 en relación con el art. 8 CEDH por aprobar una ley de uniones civiles (Ley nº 3719/2008) que únicamente contemplaba a las parejas heterosexuales, como forma de ofrecer una vía de legalizar su unión a aquellas parejas que rechazan el matrimonio.

En la citada resolución, el Tedh parte de que, en las diferencias de trato basadas en el sexo o en la orientación sexual, el margen de apreciación de los Estados es estrecho (asuntos *Karner*, § 41, y *Kozak*, § 92) y que las diferencias motivadas exclusivamente en la orientación sexual son inaceptables a la luz del Convenio Europeo (*Salgueiro da Silva Mouta*, § 36; *E.B.*, §§ 93 et 96, y *X et autres*, § 99) (§ 83). Por otro lado, apela al carácter vivo del CEDH, el cual deberá interpretarse a la luz de las condiciones actuales, de tal forma que el Estado ha de escoger las medidas adecuadas para proteger a la familia a la vista de los cambios producidos, en particular en torno a la variedad de formas posibles de desarrollar la vida privada y familiar (§ 84). Por esos motivos, la carga de la prueba habrá de mostrar que la medida adoptada es proporcional a los fines confesados de la norma y que para ello resulta necesario, en este caso, excluir a las personas homosexuales del campo de aplicación de la medida (§ 85). Todo lo anterior le lleva al Tedh a concluir que el Estado griego no dispone de razones convincentes para excluir a las parejas homosexuales del 'pacto de vida en común' previsto en la ley controvertida.

Con todo, la tendencia que hemos expuesto en favor del reconocimiento del matrimonio o de uniones civiles tropieza con ejemplos en sentido contrario, como la negativa a reconocer el matrimonio a parejas homosexuales que se ha producido en un reciente referéndum celebrado en Croacia[26], país ya miembro de la Unión europea[27].

22 En catálogos de derechos anteriores internacionales y estatales la interdicción de discriminación por razón de orientación o de identidad sexual se comprende derivada de la interdicción de discriminación por razón de sexo o de por la cláusula general que suelen incluir esas declaraciones.

23 Conclusiones presentadas el 15 de julio de 2010 en el Asunto *Jürgen Römer*, C-147/08. Aunque añadía: "No obstante, este problema, relacionado con la regulación del estado civil, queda fuera, en mi opinión, de la esfera de intervención del Derecho de la Unión" (§ 76).

24 Tribunal europeo de derechos humanos (Gran cámara), 7 de noviembre de 2013, *Vallianatos y otros c. Grecia*.

25 En la recomendación 30 de marzo de 2010 (CM/Rec(2010)5) sobre medidas para combatir la discriminación por razón de orientación sexual o de identidad de género, de la que cabe destacar la afirmación de que ese tipo de discriminaciones no podrán justificarse amparándose en valores tradicionales, culturales o religiosos, ni en las normas de una cultura dominante, con lo que se procura negar o reducir el margen de apreciación de los Estados ante estas situaciones.

26 El referéndum se celebró a instancias de una organización católica que previamente había recabado 740.000 firmal al efecto. Un 64,84 de los votantes lo hicieron a favor de que el matrimonio siguiera reservado a las parejas homosexuales, frente a un 35,56 que se manifestaron en sentido contrario; no obstante, la participación fue inferior a un 40 por ciento. El propio gobierno tildó de homófoba la consulta.

27 Eso sin referirnos a medidas claramente homófobas como las aprobadas en la Federación Rusa, Estado miembro del Consejo de Europa, ni a las medidas represivas vigentes en numerosos Estados, con frecuencia vinculadas a fundamentalismos religiosos y a una falta de democracia o a una democracia escasamente implantada.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

3. Tipos de matrimonio y divorcio

Al margen de lo establecido en el apartado anterior es conveniente una aproximación a los tipos de matrimonio, dado que resultarán útiles para llevar a cabo algunas precisiones posteriores, y así cabe distinguir:

A) Sistema de matrimonio civil único, vigente en varios Estados de la Unión europea como Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Luxemburgo o los Países Bajos, en los que el único matrimonio válido es civil, de manera que en algunos casos incluso se establecen sanciones de celebrarse previamente matrimonio religioso.

B) Sistema de matrimonio facultativo religioso o civil de tipo anglosajón, vigente en Reino unido, Irlanda, los países nórdicos o Grecia. En estos casos se admite una celebración ritual del matrimonio (para las religiones legalmente contempladas, con unos efectos que pueden diferir de unas a otras religiones[28]), si bien los requisitos, condiciones y efectos del matrimonio vienen determinados por la legislación estatal.

C) Sistema de matrimonio facultativo religioso o civil de los Estados concordatarios: sistema propio de Italia, España o Portugal, en los que los contrayentes pueden optar por el matrimonio religioso, al que se le reconoce plenos efectos civiles, o por el matrimonio civil.

Los dos últimos tipos permiten, a su vez, diversas variaciones, teniendo en cuenta los aspectos registrales del matrimonio (simple transcripción del matrimonio religioso; comprobación de cumplimiento de requisitos civiles o requisitos propios del matrimonio civil) o si reconocen o no efectos a la jurisdicción religiosa. No obstante, las diferencias del tercer tipo con respecto al segundo son menores cada vez, puesto que la tendencia es que el Estado intervenga cada vez más en la regulación matrimonial[29], de manera que la intervención religiosa tienda a ceñirse a la forma ritual y al reconocimiento de algunas decisiones de los tribunales eclesiásticos.

Si ponemos en relación esta tipología con lo indicado en el epígrafe anterior, se puede comprobar que en todos esos sistemas encontramos supuestos en los que se admite el matrimonio (civil) entre personas del mismo sexo; en consecuencia, la primera apreciación que cabe hacer es que el reconocimiento legal de tal posibilidad es más una decisión política y de evolución social más que de la existencia unas mayores o menores relaciones con una o algunas iglesias, de modo que se aprecia cómo, en Estados donde solo se admite el matrimonio civil, se le niega a personas del mismo sexo, mientras que se reconoce en algunos Estados de tradición concordataria, como España y Portugal. Es más, en un Estado como Israel, donde solo se admite el matrimonio religioso, se reconocen los matrimonios civiles contraídos en otros Estados, incluidos los matrimonios entre personas del mismo sexo.

La regulación de la extinción del matrimonio, por su parte, ofrece una mayor diversidad.

En primer lugar, las causas de divorcio admitidas varían. Los civilistas distinguen, en primer lugar, entre los Estados que exigen 'culpa' por parte de uno de los cónyuges y aquellos basados en el denominado *non fault divorce*, es decir, en los que basta la expresión de voluntad de los cónyuges de romper el vínculo, si bien en estos supuestos existen diferencias según se requiera la voluntad de los dos cónyuges o baste la de uno de ellos.

La casuística que plantean las diferentes regulaciones es grande, por solo mencionar algunos supuestos. Por un lado, aquellos donde se estipulan una serie de causales para acceder al divorcio, así, en el Reino unido se establecen cinco causas de divorcio: adulterio, conducta irrazonable, abandono, vidas separadas durante dos años si hay acuerdo de divorcio, cinco años de vidas separadas si no existe acuerdo; en Alemania, sin embargo, se señala como única causa de divorcio la inexistencia de vida conyugal común y la presumible imposibilidad de reconciliación de los cónyuges. Por otra parte están aquellos Estados que se han acogido al sistema *non fault divorce*: en España, por ejemplo, se sigue manteniendo la figura de la separación, pero que ya no se exige como paso obligado antes de la solicitud de divorcio como sucedía con anterioridad, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, que ha acogido ese tipo de divorcio en el que no se precisa argumentar 'culpa' por una de las partes, por lo que se entiende que el divorcio se convierte en un derecho[30]. También en Francia se eliminó el divorcio por falta mediante la

28 Con frecuencia se prima a la que es o era 'religión oficial'.

29 Sobre los tipos de matrimonio en la Unión europea (desde un enfoque canonista), véase J. Gutiérrez Del Moral, *El matrimonio en los estados de la Unión Europea y la eficacia civil del matrimonio religioso*, Barcelona, 2003.

30 E. Roca Trias, *Libertad y Familia*, Madrid, 2012, p. 132 y ss.

El Código civil prescribe en su art. 81: "Se decretará judicialmente la separación cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al art. 90 de este Código (…) 2º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de ese plazo cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la inte-

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Ley de 27 de abril de 2007, reduciéndose las causas de divorcio al divorcio por desunión irremediable y el divorcio de mutuo acuerdo. De manera general puede apreciarse cómo la tendencia en la legislación sobre divorcios parece encaminarse a eliminar la exigencia de 'culpa' de uno de los cónyuges.

Por otra parte, algunos Estados admiten junto al divorcio la posibilidad de la nulidad matrimonial en ciertos supuestos[31]: en Grecia, por citar un caso, se admite la nulidad a) por falta de capacidad o impedimento; b) anulable por causa de error sobre la legalidad; c) inexistencia por falta de forma. En España se contempla la nulidad (cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio) en los siguientes supuestos: "1. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial; 2. El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 (el contraído por menores de edad no emancipados y o por personas que mantengan un vínculo matrimonial anterior) y 47 (el contraído por parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, o por los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado o por los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos) salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48; 3. El que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos; 4. El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento; 5. El contraído por coacción o miedo grave" (Art. 73 del Código Civil).

Así mismo, algunos Estados, en concreto los de carácter concordatario, suelen reconocer carácter civil a la nulidad canónica, si bien previa resolución por parte de los tribunales ordinarios quienes habrán de comprobar que la nulidad se ha otorgado con respeto de los derechos reconocidos por el ordenamiento; así se regula en España[32]. Con todo, en la actualidad la existencia de matrimonio religioso no priva de la posibilidad de conceder un divorcio civil, pues como se ha interpretado en diversas ocasiones la admisibilidad del divorcio garantiza la igualdad entre ciudadanos.

4. (Im)posibilidad de continuar el vínculo en caso de cambio de sexo de los miembros de una pareja

Los anteriores epígrafes son antesala necesaria para llegar a plantear la cuestión objeto del seminario desarrollado en Bologna el 29 de noviembre de 2013: ¿qué sucede en aquellos supuestos en los que el cambio de identidad sexual lo efectúa una persona casada con otra (hasta entonces) de sexo opuesto? En particular, ¿es posible el mantenimiento del vínculo?

Fácil es imaginar que si ya son muchas las disparidades en todo lo dicho anteriormente, también acaecerán en este supuesto, pero en este caso nos encontramos con una dificultad añadida y es que – hasta lo que he podido consultar – pocos son los ordenamientos que contemplan expresamente este tipo de casos, de tal manera que la solución que se ofrezca dependerá de cuál sea la regulación matrimonial en cada Estado, en particular de si admiten o no el matrimonio entre personas del mismo sexo y, subsidiariamente, si admiten algún tipo de unión civil y con qué alcance. En concreto, con respecto a esta última institución, es preciso tener presente que, aparte de otras singularidades a los que haremos referencia, en unos casos se admite solo para parejas homosexuales, precisamente como alternativa al matrimonio previsto para las parejas heterosexuales (Alemania, Austria, Finlandia, por ejemplo), en otros casos se admite indistintamente para parejas hetero u homosexuales (entre otros, España), finalmente algún ordenamiento las admite solo para parejas heterosexuales para dar cabida a aquellas parejas que

gridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio (…). Art. 86 CC: Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81". Sobre todas estas cuestiones, J. Montero Aroca y otros, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, Tomo I, Valencia, 2002.

31 En Bélgica, en el momento en el que se debatía la que luego sería la ley relativa a la transexualidad de 10 de mayo de 2007, se planteó la posibilidad de introducir la nulidad para supuestos de error en la persona por desconocer que el cónyuge perteneciese al mismo sexo cromosómico.

32 La Ley de 7 de julio de 1981 de termina el procedimiento a seguir: A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil y se declararán ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente. Por su parte, el Tribunal constitucional se pronunciado sobre esta cuestión en diversas ocasiones: SSTC *66/1982*, 93/1983, *65/1985*, 265/1988, *209/1991* o 150/1999, destacando en todas ellas la obligación por parte del juez civil de comprobar el respeto de los derechos fundamentales y, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

rechazan el matrimonio (caso de Grecia[33]). Merece recordar que en su Recomendación 1474 (2000) sobre «la situación de lesbianas y gays en los Estados miembros del Consejo de Europa», invitaba a los Estados miembros, entre otras cosas, a adoptar legislaciones que permitieran la unión civil registrada, lo que después reiteró la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la Resolución 1728 (2010).

Como ya apuntamos anteriormente, los asuntos relacionados con la obligatoriedad de disolución del matrimonio en supuestos en los que se hubiera producido un cambio de sexo de uno de los cónyuges también han llegado al Tedh: asuntos *Parry c. Reino unido* y *R. et F. c. Reino unido* o *H. c Finlandia*[34]. En estos casos se trataba de parejas compuestas por personas de ambos sexos en las cuales el varón se convertía en transexual de sexo femenino como consecuencia de la correspondiente operación. En estos supuestos, el problema derivaba de que los demandantes se veían obligados a poner fin a su matrimonio en contra de sus deseos, para que el cambio de sexo tuviera un pleno reconocimiento legal. El Tedh rechazó en estos casos la demanda al estimar que correspondía a los Estados la regulación acerca del matrimonio y el reconocimiento o no del matrimonio homosexual o, en su caso, de una unión civil, institución que supondría un reconocimiento proporcional al matrimonio. En el Reino unido la situación ha cambiado con la aprobación de la legislación a la que hemos hecho referencia[35], pero no en Finlandia, si bien se han presentado ya propuestas para abrir el matrimonio a parejas del mismo sexo. En todos estos supuestos se contaba con una unión civil alternativa, pero esas uniones no poseían idénticos derechos que los matrimonios, ni poseen el mismo valor emocional ni, obviamente, en su caso, religioso.

Por tanto, si bien en algunos casos la disolución forzada de un matrimonio, puede abrir las puertas a una unión civil (como en los citados), no en todos los Estados está regulada esta figura, ni sus efectos son los mismos, por lo que la pareja puede ver disminuidos sus derechos.

En los casos en los que el ordenamiento prescribe la ruptura obligatoriamente tras el cambio de sexo de uno de los cónyuges, se plantean dos tipos de problemas: uno de carácter afectivo y otro de carácter patrimonial.

Con respecto a los efectos patrimoniales hay que ver si se prevé algún tipo de unión alternativa al matrimonio y los efectos que se confieren a la misma. En este sentido cabe comprobar cómo se ha ido extendiendo la figura de la 'unión civil', 'pacto civil', 'partenariado' o 'concubinato', en definitiva, de uniones no matrimoniales, pero que suponen un pacto de vida en común basado en el afecto de carácter sexual. No obstante, como ya dijimos la regulación de este tipo de figuras es muy dispar, de modo que, como ya dijimos, en algunos casos el régimen establecido es muy similar al del matrimonio, mientras que en otros solo supone algunos beneficios de carácter patrimonial.

Con respecto a la cuestión afectiva, las repercusiones además de resultar más difíciles de calibrar, dependerán de las opciones que se abran a los cónyuges y de sus propios sentimientos, puesto que en alguno de los casos llegados al Tedh se aducía que la obligación de divorciarse vulneraba las creencias religiosas de los cónyuges. En este punto habrá que contemplar la regulación religiosa, pues puede darse el caso de que perviva el vínculo religioso, pese a la declaración de divorcio civil.

En definitiva, las alternativas que se plantean en el Derecho comparado pueden sistematizarse de la siguiente forma:

A) Posibilidad de continuar con el vínculo en aquellos casos en los que se garantiza igualmente el matrimonio a parejas del mismo sexo, aunque en estos supuestos se garantiza necesariamente una identidad de derechos con los de las parejas heterosexuales.

En cualquier caso, el supuesto que permite el mantenimiento de la situación previa al cambio de sexo es aquel en el que la regulación reconoce igualmente el matrimonio para personas del mismo sexo. En estos casos, cuando la legislación no prevea nada al efecto, corresponderá interpretar que, si ninguno de los cónyuges manifiesta voluntad de disolver la unión, esta permanece, en caso contrario, cualquiera de las partes podrá solicitar el divorcio. La legislación del Reino unido, a partir de la *Marriage (same-sex) Act*[36] prescribe el procedimiento pertinente en estos casos, de manera que el otro cónyuge ha de manifestar su acuerdo con el cambio de sexo efectuado por su pareja; el procedimiento previsto trasluce la voluntad de que no exista riesgo de engaño y, de esta forma, que quede patente la voluntad de mantenimiento del vínculo por parte de ambos cónyuges.

33 No obstante, véase Tribunal europeo de derechos humanos, 7 de noviembre de 2013, *Vallianatos y otros c. Grecia,* a la que antes nos referimos.

34 Los primeros fueron declarados inadmisibles: Tribunal europeo de derechos humanos, 28 de noviembre de 2006, *Parry c. Reino unido* y *R. y F. c. Reino unido*; Id., 13 de noviembre de 2012, *H. c. Finlandia* (pendiente de resolución de la Gran Sala). No nos extendemos con estos casos dado que son objeto de estudio en otra de las ponencias.

35 En Inglaterra y Gales la ley comenzará a aplicarse a finales de marzo de 2014, en Escocia en otoño de este mismo año.

36 *Marriage (same sex) Act* 38 A. Schedule 5, Sec. 12, 6B-6C.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

B) Posibilidad de que la unión matrimonial se transforme en unión civil. En este caso, los efectos dependerán de cuál sea la regulación de esta institución y de su mayor o menor semejanza con la regulación matrimonial.

En los casos en los que el ordenamiento no contempla los matrimonios entre personas del mismo sexo, pero existe la figura de la unión civil como opción para las uniones homosexuales, la pareja podrá adoptar esta solución; no obstante, como ya señalamos anteriormente las uniones civiles no gozan de los mismos efectos allí donde se reconocen, de tal manera que se encuentran desde supuestos en los que son semejantes al matrimonio a otros en los que solo se desprenden algunos derechos de carácter económico como el derecho a subrogación del domicilio en alquiler o beneficios en la herencia. Esas diferencias obedecen a numerosas causas, desde los motivos que propiciaron la introducción de la institución (en particular el de ofrecer un cauce legal a las parejas homosexuales u orecer una vía alternativa a las personas contrarias al matrimonio), el marco que ofrece Derecho civil estatal[37], u opciones legislativas que beben de diversas fuentes (políticas, sociales, religiosas…).

Aquí también hemos de señalar otra característica a tener en cuenta y es que, dependiendo de los Estados, la opción de la unión civil se abre a todos tipo de parejas o solo a parejas del mismo sexo, precisamente, en este caso, como vía para legalizar este tipo de uniones ante la imposibilidad de contraer matrimonio. De esta forma, el recurso a esta institución supone una visibilización de la orientación sexual, lo que no siempre resulta deseable, pues podría dar lugar a ulteriores discriminaciones.

La dualidad entre matrimonio – para parejas heterosexuales – y unión civil – para parejas homosexuales – dio lugar en Alemania a la conocida sentencia del Tribunal constitucional federal alemán de 11 de enero de 2011, como consecuencia de un amparo planteado por una mujer transexual que había optado por la denominada 'solución pequeña', en lugar de someterse a la 'solución grande'[38] que requería someterse a la operación de reasignación sexual, lo que conllevaba que la vía para legalizar la unión con su pareja (otra mujer) tuviera que ser el matrimonio (haciendo visible así su condición de transexual), en lugar de la unión civil prevista para parejas homosexuales. El Tribunal constitucional federal declaró la inconstitucionalidad de la imposición de la 'solución grande'[39], lo que conllevó el derecho de la demandante a modificar su inscripción registral con reconocimiento del cambio de sexo sin operación y, en consecuencia, sus plenos derechos derivados de ese cambio.

Con anterioridad los Tribunales constitucionales de Austria[40] y Alemania[41] se pronunciaron sobre la exigencia legal que imponía que la persona que solicitara el cambio de sexo en el registro no estuviera casada. En ambos casos, declararon inconstitucional dicha exigencia, lo que, a su vez, conllevaba la posibilidad de mantenimiento del vínculo y, por ende, la transformación del matrimonio en uno compuesto por parejas del mismo sexo, a pesar de que en ambos países no se recoge esa posibilidad de manera general, sino que, por el contrario, las parejas homosexuales solo pueden acceder a una unión civil. Con todo, la argumentación en ambos casos es diversa, pues en el primero de ellos se centra en los aspectos formales, en concreto en que la disposición que recogía la exigencia de previa disolución matrimonial carácter reglamentario, cuando, por tratarse de una cuestión que afectaba a derechos, debería estar regulada mediante ley; sin embargo, el Tribunal austriaco no entró a valorar las cuestiones relativas al derecho a la vida privada y familiar y apunta a que la cuestión en torno a la decisión sobre el manteni-

37 En este sentido, en España la regulación de las denominadas "parejas de hecho" se dejó a las Comunidades Autónomas, que han llevado a cabo diferentes desarrollos de la figura, pero parte de la configuración no se debe solo a opciones del legislador autonómico, sino al hecho de que la comunidad cuente con Derecho foral propio –es decir con la posibilidad de legislar en el campo del Derecho civil de familia- o no, lo que limita las posibilidades del legislador. Este hecho se puso de relieve en dos sentencias del Tribunal constitucional: 11 de abril 2013, n. 81/2013, de en torno a la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, y 23 de abril 2013, n. 93/2013, en relación con la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

38 La Ley de transexuales aprobada en 1980 y entrada en vigor el 1º de enero de 1981 planteaba la siguiente dualidad:
1. La llamada "solución pequeña" o el mero cambio del nombre propio por el de otro del sexo contrario, para el que solo se exigía que la persona en cuestión lo solicitara y, a través de informes periciales, quedara claro
I. que tenía esa necesidad desde al menos tres años y
II. que había suficientes garantías de que la necesidad del cambio era definitiva.
2. La llamada "solución grande" o modificación en el registro civil del sexo inscrito al nacimiento, para lo que se requería adicionalmente que
I. el transexual acreditara su incapacidad reproductiva permanente y
II. que se hubiera sometido a una operación quirúrgica y tratamiento hormonal para modificar y aproximar sus órganos sexuales y su apariencia externan al del nuevo sexo.

39 No obstante, es al legislador a quien le corresponde derivar los efectos generales de esa sentencia.

40 Tribunal constitucional de Austria, 8 de junio de 2006.

41 Tribunal constitucional de Alemania, 27 de mayo de 2008; nota de prensa en inglés de 23 de julio de 2008.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

miento o no del matrimonio sería algo que, en su caso, deberían valorar los jueces. El Tribunal alemán, por el contrario, basa su argumentación en el perjuicio que la obligación de divorcio como paso previo al pleno reconocimiento del cambio de sexo supondría para los dos cónyuges y en el valor del matrimonio como unión con vocación de permanencia y como comunidad de responsabilidad entre los esposos. Así mismo señalaba que la voluntad del legislador de proteger el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer no se ha de ver afectada por la continuación del vínculo en un caso como el objeto del recurso, en el que habrá de primar los derechos fundamentales de los afectados, sin perjuicio de que el legislador pudiera decidir acerca del tratamiento de este tipo de supuestos siempre con el requisito de que los derechos adquiridos y los deberes propios del matrimonio permanezcan[42].

C) Imposibilidad de mantener ningún tipo de vínculo legal, con lo que ello comporta de pérdida de todo tipo de derechos (salvo derechos adquiridos o los relativos a los hijos comunes[43]).

La imposibilidad impuesta de mantener ningún tipo de vínculo legal debido a la obligación de disolver el matrimonio y a la inexistencia de algún tipo de unión equivalente resulta obviamente la más traumática y lesiva para el libre desarrollo de la personalidad y de la libertad personal. Esta opción es la que se impone en aquellos Estados que mantienen la institución del matrimonio en su versión clásica de unión de hombre y mujer y que además no han regulado ningún tipo de unión civil alternativa para parejas del mismo sexo. En estos supuestos el cambio de sexo en uno de los cónyuges significa la disolución matrimonial con independencia de la voluntad de estos. Esta interpretación es asumida por los civilistas sin discusión, aunque puede plantear dudas a los constitucionalistas a la vista de los derechos que se ponen en juego.

La exclusión de algún tipo de reconocimiento legal para parejas del mismo sexo aun la hallamos en bastantes países Italia, Polonia, Chile…, Estados que, por otra parte, cuentan con significativa protección de derechos. Todos estos Estados cuentan con una nota en común que es el peso de la tradición católica. En estos países, a su vez, el cambio de sexo implica la disolución matrimonial. Así, en Polonia, a pesar de no existir ninguna previsión legal expresa, a la vista del art. 18 de la Constitución que protege el matrimonio como una unión entre el hombre y la mujer y las previsiones del código de derecho de familia, los tribunales dictan el divorcio en caso de que se produzca un cambio de sexo por parte de uno de los cónyuges. En Chile, de forma similar se originaría la nulidad del matrimonio, aunque, de acuerdo con la literalidad de la Ley del matrimonio civil, lo que operaría es que se daría titularidad para promover la acción de nulidad o de divorcio (arts. 8 a) y b), 44 b) y 54.4)[44].

Un caso especial es de los supuestos en los que se exige el divorcio como requisito previo para proceder a un pleno reconocimiento del cambio de sexo. Este es el caso del ya citado asunto *H. c. Finlandia* y también de los que dieron lugar, en Austria, a la sentencia del Tribunal constitucional de 8 de junio de 2006 y, en Alemania, a la sentencia del Tribunal constitucional federal de 27 de mayo de 2008, a los que ya nos hemos referido y que concluyeron con la declaración de nulidad de tal exigencia[45].

D) Una última alternativa giraría en torno al reconocimiento de los efectos del matrimonio religioso sobre la legislación civil. En este punto, puede comprobarse cómo los efectos religiosos suelen circunscribirse a la forma ritual para contraer matrimonio o, en su caso, al reconocimiento de efectos civiles de la nulidad religiosa, en general a partir del reconocimiento por parte de los tribunales civiles de la correspondiente sentencia del tribunal canónico.

Sin embargo, en los casos en los que el Estado reconozca el matrimonio religioso canónico, es preciso tener en cuenta que para la religión católica, los (de acuerdo con ella) pretendidos cambios de sexo no son canónicamente relevantes, pues la persona y sus caracteres sexuales primarios, los más determinantes, no cambian, por lo que si, por ejemplo, se contrajo como varón, siéndolo, con una mujer, que cromosómicamente venía así constituida, el matrimonio está válidamente contraído (can. 1055.1) y la propiedad esencial de la indisolubilidad continúa vigente (can. 1056).

Otra cosa es que esos cambios puedan dar lugar a una nulidad matrimonial si concurren otros factores como, por ejemplo, que se determinara una grave anomalía psicológica, que de ser antecedente al hecho de contraer, podría configurar una causa de nulidad del can. 1095, principalmente párr. 3º (Inca-

42 El Tribunal constitucional federal alemán apuntaba que el legislador podría optar por el mantenimiento del matrimonio en estos supuestos ante el pequeño número de casos que suponen.

43 En el asunto *P.V. c. España*, 30 de noviembre de 2010, el Tedh se planteaba una supuesta vulneración del art. 8 Cedh vinculada al régimen de visitas de una persona transexual a su hijo.

44 El régimen sería similar en los Estados latinoamericanos que no han aprobado la posibilidad de matrimonio para parejas del mismo sexo o, al menos, algún tipo de unión civil.

45 El art. 16 de la Ley relativa a la transexualidad prescribía la obligación de declaración de disolución para los matrimonios en los que con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se hubiera llevado a cabo la reasignación sexual de uno de los cónyuges.

GeniUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

pacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio); o si concurriera error en cualidad (can. 1097, § 2) o error con la intencionalidad de engañar para contraer (can. 1098). Estos supuestos deberán ser instados por una de las partes, aunque también cabe la petición de la nulidad por el Promotor de Justicia de la Diócesis, quien solo deberá actuar en caso de notoriedad de la causa de nulidad[46].

Los efectos del matrimonio canónico serán los que resulten del ordenamiento estatal y, en su caso, de los acuerdos que existan con la Santa Sede, por ejemplo, en España, la eficacia civil de este matrimonio canónico no es cuestionable, si cumple los demás requisitos especificados en el art. VI del Acuerdo Jurídico de 1979.

No obstante, en el asunto que nos ocupa es la legislación civil la que se impone, pues como antes adujimos se reserva el Estado lo relativo al divorcio o nulidad matrimonial civil. Esta dualidad puede llevarnos a una situación en la que podríamos encontrarnos ante un matrimonio canónico que sigue vigente para la Iglesia católica y, en su caso, para los cónyuges, pero ante un divorcio impuesto por la legislación civil estatal[47]. No deja de llamar la atención que el Estado acepte las nulidades matrimoniales canónicas (con las formalidades pertinentes), pero no acepte la continuación del vínculo en los casos en los que el Estado no reconoce el matrimonio de parejas del mismo sexo y esa situación se provoca por el cambio de identidad sexual de uno de los cónyuges.

5. Conclusiones

La institución del matrimonio ha estado lastrada por una óptica civilista-patrimonialista, a su vez impregnada de ideología religiosa. Esta visión ha de ponerse en tela de juicio si deseamos una plena defensa de los derechos fundamentales.

Es al legislador a quien corresponde la regulación de las leyes, pero a los tribunales les corresponde su aplicación y/o control. En ocasiones ayudados por instancias internacionales como el Convenio de Europa o la Unión europea y sus tribunales, Tedh o Tjue. Sin embargo, no puede desdeñarse el papel de la sociedad, pues es la sociedad la que puede (y en ocasiones debe) impulsar los cambios. En el caso que aquí hemos tratado nos enfrentamos a un problema que afecta a un número reducido de personas[48] y por ello resulta más difícil hacer presión, no obstante la posibilidad de contraer matrimonio a parejas del mismo sexo es un signo creciente (aunque no exento de escollos) y ello permitirá que casos como el que nos han reunido dejen de plantearse y que sea solo decisión de la pareja permanecer o no unidos en matrimonio.

En este sentido, no está de más recordar que las referencias al matrimonio en los textos constitucionales o internacionales modernos no buscaban tanto la salvaguarda del matrimonio heterosexual como, por un lado, el derecho de cualquier persona a acceder a esa institución sin limitaciones por motivo de raza, etnia, origen nacional o casta, es decir lo que se buscaba era superar regulaciones que impedían matrimonios interraciales u otros de carácter semejante como impusieron el régimen nazi o el apartheid sudafricano, por solo citar dos ejemplos. Por otro lado, la mención expresa del hombre y la mujer – además de ser el signo de los tiempos – buscaba subrayar la igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio, frente al predominio del hombre a la mujer propia de épocas anteriores. Por último, se buscaba la protección de los hijos, la cual, por otra parte, se extendía a todos los hijos con independencia

46 Can. 1674. "Son hábiles para impugnar el matrimonio: 1 los cónyuges; 2 el promotor de justicia, cuando la nulidad ya se ha divulgado si no es posible o conveniente convalidar el matrimonio". el promotor de justicia suele instar pocas nulidades. Con respecto a lo que aquí nos ocupa entienden los especialistas que solo cabría que instara la nulidad en supuestos que solo cabría su actuación en supuestos existiera una cusa de tipo psicológico grave, antecedente al hecho de contraer (suponiendo que la disforia fuera latente en ese momento) que impidiera asumir las obligaciones esenciales del matrimonio (Can. 1055.1 y 1095.3) Como cumulativa podría concurrir la causa de error (Can. 1098), partiendo de que "el error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente" (Can. 1097.2).

Sobre matrimonio y Derecho canónico, J. Otaduy, A. Viana y J. Sedano, *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol V, Navarra, 2012. Sobre matrimonio civil y religioso, J. Martinez-Torron, S. Meseguer Velasco, R. Palomino Lozano (coords.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI*, vol. II, Madrid, 2013.

47 En Italia, el art. 4.1 de la Ley 164/82 se refiere expresamente al "cese de los efectos civiles" del matrimonio celebrado con rito religioso. Es verdad que en este ámbito de la regulación matrimonial – por una parte religiosa por otra civil – también podría darse la situación inversa: una nulidad declarada por un tribunal canónico que no fuera reconocida por la jurisdicción civil.

48 El escaso número de afectados ha sido invocado por el Tribunal constitucional federal alemán para descartar que las excepciones a la regla general puedan suponer un problema relevante y, en consecuencia, que los poderes públicos deberían de consentir dichas excepciones.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

de su filiación, esto es con independencia de que su nacimiento se hubieran producido dentro o fuera del matrimonio[49].

Cabe preguntarse, a la luz de la argumentación del Tedh ofrecida en los supuestos en los que el Estado imponía el divorcio ante un cambio de sexo, si la decisión del Tedh hubiera sido la misma de no existir una alternativa legal, pues en los tres casos en los que ha conocido estos asuntos[50], se trataba de supuestos en los que existía una unión civil alternativa, con efectos no demasiado alejados el matrimonio.

En la actualidad, hay que partir del reconocimiento que cualquier texto constitucional digno de tal nombre hace de la igualdad, una igualdad en la que no solo se ha de entender protegida la interdicción de discriminación por los motivos tradicionales, sino por cualquier motivo con trascendencia para el ordenamiento jurídico, entre ellos la orientación o la identidad sexual. En este sentido, cabe apreciar que si antes la interdicción de discriminación por esos motivos había que entenderla incluida dentro de la discriminación por razón de sexo o en la cláusula residual habitualmente presente esos textos, en el presente cada vez es más frecuente la inclusión expresa en los documentos jurídicos de la interdicción de discriminación por razón de orientación o identidad sexual[51].

La igualdad ha de abarcar a todos los campos de la vida social y no solamente, por ejemplo, al laboral, de hecho habría que pensar que el reconocimiento de la igualdad tiene especial cabida en un terreno, como el del matrimonio y la familia, que afectan a la esfera más íntima del individuo.

Sin embargo, no es solo la igualdad el único derecho en juego, sino que también lo está –y aun cabría considerar que en primer término – la libertad. En el caso del matrimonio, lo que habrá de garantizarse es que, primero, se produce un consentimiento libre por las dos partes, consentimiento que implicaría un conocimiento de las características de la otra persona, por lo que previo al matrimonio la otra parte debería conocer la condición de transexual del otro. Con posterioridad al matrimonio, la continuidad ha de dejarse a la voluntad de las partes sin que el Estado deba interferir. Difícilmente cabe argumentar que la continuidad del vínculo atente contra el orden público, entendido éste de manera respetuosa con el Derecho constitucional propio de los Estados democráticos[52].

No parece consecuente que el Estado pretenda interferir en ese reducto íntimo del individuo (basado en la voluntad de contrato y en la *affectio maritatis*) si no existen poderosas razones de orden público para hacerlo. Bastaría, en su caso, con aplicar las cautelas pertinentes para salvaguardar derechos de terceros o impedir un hipotético fraude de ley. Los Estados deberían olvidar concepciones apegadas puramente a concepciones morales (ya no compartidas por un aparte significativa de la sociedad) y apostar por la defensa de los derechos de las personas.

En un mundo (supuestamente) presidido por la defensa de los derechos y que hace bandera de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, resulta difícil encontrar acomodo a un tipo de divorcio basado en la única voluntad estatal, ligada a una concepción moral que ya no puede considerarse incontestable. El respeto de los derechos fundamentales, unido al principio de la autonomía de la voluntad, y el doble valor de estos como derechos subjetivos y como valores objetivos del ordenamiento deberían conducir a una interpretación que primara la voluntad de los interesados y de igual modo a que el legislador regulara estas materias de conformidad con el efecto irradiante de los derechos fundamentales.

49 Así en la Constitución española el derecho a contraer matrimonio se recoge en su art. 32, mientras que la igualdad de todos los hijos con independencia de su filiación se inscribe en el art. 39.

50 Aunque en dos de ellos el resultado fueran sendas decisiones de inadmisión, la argumentación es compartida.

51 Esa inclusión expresa resulta de especial utilidad en las normas penales, debido a la imposibilidad de aplicar la analogía *in peius*.

52 Recordemos que, en el Derecho constitucional, el orden público hace referencia al regular funcionamiento de las instituciones y al pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

*Daniel Borrillo**

Famille et identité de genre en France: La survie du mariage après le changement de sexe d'un époux

Sommaire

1. Introduction – 2. Les solutions de la jurisprudence lorsque les conjoints souhaitent maintenir le lien du mariage – 3. La figure de la caducité – 4. Ce que dit la Cedh – 5. La question de la discrimination indirecte – 6. Conclusion

Abstract

L'autore analizza le soluzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese in relazione al matrimonio di coloro che cambiano sesso dopo aver contratto validamente matrimonio, mantenendo uno sguardo costante alla giurisprudenza europea rilevante in materia.

The author analyses the solutions elaborated by the doctrine and the judges in France in relation to the marriage of persons that undergo in a reassignment operation being legally married, taking into account the European Courts' case-law.

1. Introduction

Il y a plus de vingt ans, la Cour européenne des droits de l'Homme avait admis le droit à une rectification de l'état civil des personnes transidentitaires[1] sans reconnaître le droit au mariage[2]. Toutefois, la Cour de Strasbourg a manifesté une évolution considérable par rapport à la jurisprudence Rees, en considérant explicitement «ne plus être convaincue que l'on puisse continuer d'admettre que les termes [de l'article 12 de la Convention] impliquent que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques»[3]. Elle reconnaît ainsi le droit aux personnes qui ont changé de sexe de se marier, suivie en ce sens par la Cour de justice des Communautés européennes, qui a jugé incompatible avec l'article 141 du traité CE (égalité de rémunération entre l'homme et la femme) une législation qui exclut le couple d'un transsexuel du bénéfice d'une pension de réversion, octroyée au seul conjoint survivant, parce que ce couple ne peut selon la législation nationale se marier[4].

La question du couple qui se constitue postérieurement au changement juridique de sexe ne pose

* Professeur à l'Université Paris ouest – Nanterre.

1 Cour européenne des droits de l'Homme (Cedh), 25 mars 1992, *B. c. France*, série A n° 232 : *Dalloz*, 1993, p. 101, note Marguénaud ; *Juriclasseur périodique. La semaine juridique*, 1993, I, p. 3654, chronique par Sudre.

2 Cedh, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*.

3 Cedh, Grande chambre, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*.

4 Cour de Justice de l'Union européenne, 7 janvier 2004, affaire C-117/01, *K.B.*

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

pas donc de réelle difficulté. Si la personne qui a obtenu un changement de la mention juridique du sexe à l'état civil ne vivait pas en couple antérieurement ou avait mis fin à cette vie de couple, il n'y a aucun problème pour lui reconnaître le droit de former un couple après le changement de sexe, qu'elle choisisse de vivre en concubinage, en partenariat civil ou de se marier.

En revanche, si la personne bénéficiant du changement de sexe était légalement mariée, elle devient de facto mariée avec une personne ayant désormais le même sexe qu'elle. Pour les pays qui reconnaissent le mariage homosexuel, il n'existe aucune difficulté à maintenir les effets juridiques du mariage célébré avant le changement d'état civil. Pour ceux qui ne le reconnaissent pas, il semblerait se poser une question d'ordre public ou tout au moins de validité de l'union.

La Cour européenne a été déjà saisie mais l'arrêt n'est pas définitif (nous analyserons plus tard la position de la Cour). Les juridictions nationales, quant à elles, n'emportent pas la conviction.

La doctrine et la jurisprudence françaises avaient essayé de régler la question de plusieurs manières. Nous allons tenter de vous les présenter brièvement. Bien que cela ne fasse pas directement l'objet de notre colloque, nous commencerons par les cas de figure où l'un des conjoints souhaite mettre fin au mariage pour, par la suite, analyser le cas qui nous réunis, c'est-à-dire lorsque les parties veulent continuer l'union matrimoniale.

1er solution: le divorce pour faute

Cette voie a été suivi dans un premier temps par la jurisprudence française dans un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 7 juin 2000 : Christian G., marié et père de deux enfants, avait subi une opération de réassignation sexuelle. Le Tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand, en 1998, l'avait reconnu de sexe féminin et autorisa à prendre le prénom de Christine. Par un jugement du 5 février 1999, le Juge aux Affaires Familiales a prononcé le divorce des époux aux torts exclusifs du mari qui avait changé de sexe à la suite d'une opération chirurgicale. Celui-ci fait appel de cette décision et la Cour d'appel de Nîmes confirme le divorce. La position des juges conduit à s'interroger sur la faute qui a permis à l'épouse d'obtenir un divorce aux torts exclusifs de son mari. Les juges considèrent que l'opération «volontairement subie», «son comportement féminin et son habillement en femme, sa façon aussi de se faire appeler depuis plusieurs années Christine», étaient «une insulte» à sa femme et constituaient «objectivement une violation grave des obligations et des devoirs du mariage»[5]. La Cour, par cette motivation, élève le transsexualime (d'une manière inédite) au rang de cause péremptoire du divorce. Par conséquent, l'épouse n'a pas à prouver de faute particulière, le seul fait que son époux ait subi une intervention chirurgicale et ait demandé la modification du sexe à l'état civil suffit à entraîner le divorce aux torts exclusifs du transsexuel. Deux critiques peuvent être avancées contre cet arrêt. En premier lieu, la seule cause péremptoire de divorce prévue dans le Code civil est celle de l'article 243 (lorsqu'un des époux est condamné à la réclusion criminelle)[6]. Or, il semble légitime de s'interroger sur les pouvoirs du juge de consacrer ainsi une nouvelle cause péremptoire de divorce[7]. La seconde objection à cette motivation est le fait d'avoir négligé la condition d'imputabilité requise par l'article 242 du Code civil[8]. La prononciation du divorce exige la preuve d'une volonté libre et consciente. Or, comment concilier cette condition d'imputabilité de la faute et la doctrine de la Cour de cassation qui considère que le transsexualisme est un état pathologique (syndrome) qui justifie que l'individu subisse un traitement médico-chirurgical?

Seule une considération permet d'expliquer la voie choisie par les juges: la volonté de faire respecter l'ordre public qui interdisait à l'époque tout mariage entre personnes de même sexe.

Une seconde décision, rendue par le Tribunal de grande instance de Caen, le 28 mai 2001, prononce également le divorce aux torts exclusifs du transsexuel mais la notion de faute prend ici un sens différent puisque le Tribunal insiste sur le fait que «le transsexualime qui n'est pas contraire au droit français… n'est pas constitutif d'une faute»[9].

La femme du transsexuel, mariée depuis plus de 40 ans, reprochait à son mari d'avoir quitté le domicile conjugal pour subir l'opération de «conversion sexuelle» ce qui constituait «un comportement injurieux à son égard». Le Tribunal reproche au conjoint transsexuel de ne pas avoir «procédé

5 Cour d'appel de Nîmes, 7 juin 2000, en *Petites Affiches*, 2001, p. 20, note J. Massip; *Revue trimestrielle de droit civil,* 2001, p. 335, obs. J. Hauser; *Droit de la famille,* comm. n° 4, note H. Lécuyer.

6 Voir en ce sens J. Rubellin-Devichi, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 2001, n° 496 à 498.

7 Voir en ce sens H. Lecuyer, note sous Cour d'appel de Nîmes, 7 juin 2000, en *Droi de la famille*, 2001, comm. n° 4.

8 Art. 242 : Le divorce peut être demandé par un époux pour des faits imputables à l'autre lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune.

9 Tribunal de grande instance de Caen, 28 mai 2001, *Dalloz*, 2002, 124, note Mauger-Vielpeau.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

aux transformations de sa personne avec l'accord et le soutien moral de son conjoint», son «absence de prise en compte des implications conjugales générées par son nouveau statut» et «son éloignement volontaire». La faute, cause de divorce, peut résider dans la violation d'un devoir ou d'une obligation expressément prévus par le législateur mais elle peut également résulter de «devoirs innomés dégagés par la jurisprudence»[10]. En l›espèce, l›éloignement volontaire engendre la violation du devoir de cohabitation, exprimé par l›article 215 du Code civil. En revanche, les juges proposent ici une nouvelle violation consistant en l'absence de consentement du conjoint aux interventions. Or, des opérations subies dans un but thérapeutique, quel qu'elles soient les conséquences, ne peuvent constituer une faute, «et ce, quand bien même l'époux 'normal' se serait opposé à la conversion»[11]. Seul le consentement de l'intéressé est nécessaire pour pratiquer une intervention chirurgicale, l'accord de l'époux n'est requis que dans la mesure où l'intéressé ne serait pas apte à émettre une volonté libre et éclairée[12]. Ainsi, selon H. Lécuyer, «sous l'apparence d'une jurisprudence prenant ses distances d'avec la thèse selon laquelle le changement de sexe serait constitutif d'une faute péremptoire, le Tribunal de grande instance de Caen consacre bien le caractère fautif, et inexorablement fautif dudit comportement», puisque «le changement de sexe emporte nécessairement des implications conjugales»[13].

Malgré l'opinion des juges, selon nous, le divorce pour faute n'est pas une cause de dissolution du mariage adaptée à l'identité de genre dans la mesure où il requiert l'imputabilité de la faute et, par là-même, la volonté du transsexuel de changer de sexe. Ces arrêts sont en contradiction avec d'autres décisions qui autorisent le changement de sexe à l'état civil et qui, pour justifier le contournement du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, considèrent le transsexualime comme un état pathologique légitimant une intervention médicale et un changement juridique de sexe. Or, si les juges ont admis que soit prononcé le divorce aux torts exclusifs du transsexuel, c'est par la prise en considération de la souffrance de l'époux et pour lui permettre de bénéficier d'une prestation compensatoire mais aussi et surtout pour s'accorder avec le droit positif de l'époque qui interdisait l'union homosexuelle.

Le recours à l'idée que le transsexuel a commis une faute et que le conjoint, s'il le souhaite, soit recevable à demander le divorce sur ce fondement aux torts du transsexuel, comme l'avait statué la Cour d'appel de Nîmes le 7 juin 2000, paraît ne pas prendre en compte la réalité de la transidentité. Lorsque le couple se sépare, le prononcé d'un divorce aux torts exclusifs du transsexuel, fondé sur le seul fait de changer de sexe devrait être exclu. Si certaines juridictions du fond l'ont admis comme nous venons de le montrer, cette position a été vivement critiquée par la doctrine française dans la mesure où le transsexualisme n'est pas illégal. Toutefois, la faute peut résulter des circonstances entourant la transformation et d'autres décisions ont admis le divorce pour faute en raison des circonstances du changement de sexe et du comportement de l'époux après le changement.

2ème possibilité: la nullité d'ordre public

Cette solution nous semble difficile d'accepter, car au jour du mariage (où s'apprécie la validité de l'acte), les deux époux étaient de sexe différent. Pour admettre la nullité, il faudrait considérer que le sexe véritable de l'individu a toujours été celui qu'il revendique actuellement, et que le jugement autorisant le changement de mention du sexe est déclaratif et non constitutif.

Dans les pays où le mariage entre personnes de même sexe n'est pas autorisé et afin de tenir compte des principes de Jogjakarta sur les droits fondamentaux des transsexuels (p. e., fonder une famille) l'on pourrait envisager l'application de la notion d'effet atténué de l'ordre public, comme on le fait en droit international privé pour reconnaitre les unions polygames (aux effets par exemple d'obligations alimentaires) ou comme on le faisait pour reconnaitre certains effets de la répudiation[14].

L'analogie permet d'établir que le mariage est un acte régulièrement acquis à l'occurrence non pas à l'étranger mais dans le territoire national.

Le souci de juger humainement des choses humaines et, pour la Loi, la nécessité d'admettre, no-

10 L. Mauger-Vielpeau, note sous Tribunal de grande instance de Caen, 28 mai 2001, *Dalloz*, 2002, JP, p. 124.

11 J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, éd. LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 222, 1993, n° 2061. Voir, pour une opinion contraire, D. Thouvenin, *Le transsexualime: une question d'état méconnue*, en *Revue trimestrielle de droit sanitaire et sociale*, 1979, p. 314: "il y a … tout lieu de penser que les tribunaux verraient, dans l'absence de ce consentement du conjoint à l'opération, une faute grave justifiant le divorce".

12 D. Thouvenin considère que les opérations nécessaires au changement de sexe ne sont pas assimilables "à de simples traitements médicaux ne nécessitant pas l'accord du conjoint". Elle en conclue qu' "il y a tout lieu de penser que les tribunaux verraient dans l'absence de consentement du conjoint à l'opération une faute grave justifiant le divorce". D. Thouvenin, *Le transsexualime: une question d'état méconnue*, en *Revue trimestrielle de droit sanitaire et social*, 1979, p. 314.

13 H. Lecuyer, note sous Tribunal de grande instance de Caen, 28 mai 2001, en *Droit de la famille*, 2002, comm. n° 42.

14 Civ. 1e, 3 novembre 1983, *Rohbi*.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

tamment dans le domaine de la vie privée et familiale, certaines situations hétérodoxes conduit nécessairement à contourner l'ordre public. De la même manière qu'il existe un *ordre public atténué* au sens du droit international, on pourrait envisager une atténuation de l'ordre public national vis-à-vis de ce type d'unions qui souhaitent maintenir le lien conjugal.

3ème sollution: la nullité relative

Une telle action nous semble concevable. La nullité peut toujours être demandée par le conjoint pour erreur sur les qualités substantielles si la transidentité existait au moment du mariage et ne lui avait pas été révélée. Mais encore faut-il que ce conjoint souhaite mettre fin au mariage.

Comme l'absence de demande de divorce de la part du conjoint pourrait conduire à la reconnaissance de facto d'un mariage formellement homosexuel (situation interdite en France à l'époque), une partie de la doctrine française a plaidé pour la caducité du mariage dès lors qu'un des conjoints a changé de sexe (nous y reviendrons). Mais, là encore, cette affirmation ne résout pas tous les problèmes, pas plus qu'elle ne semble saisir la situation réellement vécue, en se référant à la seule position du droit positif à l'égard du mariage homosexuel, auquel le cas de l'avenir d'un mariage devenu formellement homosexuel ne peut être réduit. Il convient sans doute ici de se garder de toute affirmation de principe pour apprécier concrètement toutes les données des situations, par ailleurs assez peu fréquentes, pour pouvoir échapper au dogmatisme.

La question de la survie du mariage après le changement de sexe ne se pose plus en France dans les mêmes termes après l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le droit au mariage et l'adoption pour les couples de même sexe. Toutefois, nous ne savons pas si les mariages des personnes transsexuelles célébrés avant l'adoption de la loi seraient rétroactivement consolidés. Il semble, à cet égard, qu'une disposition transitoire précise devrait envisager cette situation pour la régler.

2. Les solutions de la jurisprudence lorsque les conjoints souhaitent maintenir le lien du mariage

Avant la loi ouvrant le droit au mariage pour les couples de même sexe et lorsque le changement de sexe s'accommodait du mariage antérieur, celui-ci pouvait vouloir survivre au changement de sexe pour diverses raisons qui tiennent au couple lui-même ou parfois aux enfants issus du mariage. C'est le cas illustré par une décision de la cour d'appel de Rennes du 16 octobre 2012, qui admet la survie du mariage, valable au moment de sa célébration et dont sont issus trois enfants biologiques[15]. Contrairement à la cour d'appel de Bologne celle de Rennes considère que rien ne doit faire obstacle à la consécration juridique du nouveau sexe, pour ce faire il suffit de ne pas mentionner le changement de sexe en marge de l'acte de mariage des parents car cette mention consacrerait une union entre deux personnes de même sexe qui demeurait à l'époque contraire à l'ordre public. Selon la cour, cette mention n'a pas de caractère indispensable et n'a pas à être ordonnée. Même raisonnement concernant la mention en marge des actes de naissance des enfants : outre qu'elle heurterait indirectement une prohibition d'ordre public, elle serait matériellement absurde en ce qu'elle indiquerait que ceux-ci sont les enfants biologiques de deux personnes de même sexe.

La Cour relèvera «que le choix de Wilfrid […] et de Marie-Jeanne […] de poursuivre leur vie commune relève d'un choix de vie privée dans lequel elle n'a pas à intervenir. […] Que la validité du mariage est d'ailleurs incontestable en ce qu'elle doit être appréciée à la date de la célébration. […] Au demeurant la mention [de la rectification du sexe sur l'acte de mariage] n'a pas de caractère indispensable. Par ces motifs, […] dit que Wilfrid […] est désormais de sexe féminin et qu'il portera le prénom de Chloé au lieu et place de celui de Wilfrid, ordonne qu'il soit fait mention de cette décision en marge dudit acte de naissance, dit n'y avoir lieu à porter la même mention en marge de l'acte de mariage». Le sens de l'arrêt est clair: les liens familiaux du transsexuel ne doivent avoir aucune incidence sur le changement de sexe.

Soulignons que d'une manière générale avant même l'adoption de la loi de 2013, si le transsexuel procédait au changement de l'état civil avant le mariage et décidait de se marier par la suite avec une personne de sexe opposée, aucune mention n'était apposée en marge de l'acte de mariage en raison du

15 La cour d'appel de Caen avait déjà rendu une décision en ce sens, sans évoquer cependant la vie privée des époux, en considérant que «l'ordre public n'est pas affecté et troublé par la coexistence chez une même personne (…) d'une appartenance au sexe féminin et du statut de conjoint d'une femme», Caen, 12 juin 2003, non publié, cité par L. Mauger-Vielpeau, *Le transsexualisme et le code civil*, en *Droit de la famille*, 2005, chronique 18, n° 31.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

principe de non-rétroactivité du jugement autorisant la modification de l'indication du sexe dans l'acte de naissance. Une solution contraire aurait été «de nature à entraîner pour l'autre une gêne considérable et serait constitutive d'une atteinte à sa vie privée»[16].

Cela permettait également de prémunir les époux de toute possibilité d'annulation (par nullité d'ordre public) du mariage pour raison d'identité de sexe puisque les conditions du mariage doivent être appréciées lors de la conclusion de celui-ci, or, à ce moment, les époux étaient juridiquement de sexe opposé, comme l'a souligné la cour d'appel de Rennes.

Cet arrêt infirme la décision du Tribunal de grande instance de Brest, rendu le 15 décembre 2011 qui s'était prononcé de manière défavorable à la demande de changement d'état civil de Chloé au motif que «modifier le sexe mentionné dans l'acte de naissance d'une personne mariée aboutirait, non pas à constater mais à créer une situation de mariage entre personnes de même sexe». A cette objection la cour d'appel répond que «l'ordre public n'est pas affecté et troublé par la coexistence chez une même personne […] d'une appartenance au sexe féminin et du statut de conjoint d'une femme».

La Cour de cassation française n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cette question car la loi du mariage ouvert aux couples de même sexe fut entretemps votée. La doctrine quant à elle a proposé une solution contraire à celle établie par la cour d'appel de Rennes : la caducité automatique du mariage.

3. La figure de la caducité

Contrairement à la Cour d'appel de Rennes, la doctrine dominante des civilistes s'est prononcée en France pour la caducité du mariage.

La caducité ne fait pas l'objet d'une définition unanime. Selon V. Wester-Ouisse, «la caducité intervient alors que le contrat, valable à l'origine, éventuellement partiellement exécuté, est entaché de la disparition d'un de ses éléments fondamentaux… La caducité peut être contractuelle, légale ou jurisprudentielle. C'est une sanction, susceptible de frapper un contrat ou une clause contractuelle, de plein droit si la loi en dispose ainsi, ou au terme d'une action en caducité»[17].

Avant l'ouverture du mariage pour les couples de même sexe, la caducité était proposée par un certain nombre d'auteurs[18] comme la seule solution envisageable pour mettre fin à l'union d'un transsexuel et de son conjoint dès lors que la modification du sexe a été opérée sur les actes de l'état civil, engendrant la consécration d'un mariage homosexuel, alors que les époux ne prennent pas l'initiative de mettre fin à leur mariage par une procédure de divorce.

La caducité suppose qu'à l'origine, le mariage était valable mais qu'un élément fondamental disparaisse postérieurement à sa formation. Tel serait le cas du mariage contracté entre une personne transsexuelle et son conjoint. Lors de la célébration, les époux étaient bien de sexe opposé, or, la transformation chirurgicale et sa prise en compte au niveau juridique ont eu pour conséquence de priver le mariage d'un de ses éléments fondamentaux: la différence de sexe. Ce partie de la doctrine considère que l'événement qui prive le mariage d'un élément essentiel à sa validité doit être «indépendant de la volonté de son auteur» pour que la caducité puisse être prononcée[19]. En l'espèce, cette condition serait respectée puisque l'apparition du transsexualisme est entendue comme échappant à la volonté de l'individu, sujet à un certain déterminisme.

Les conséquences de la caducité pourraient, en effet, être calquées sur celles du divorce ou sur celles du mariage putatif. En tout état de cause, la jurisprudence et la doctrine se rejoignent pour exclure l'action en nullité, puisque les époux étaient bien de sexes opposés au jour de la conclusion du mariage. La jurisprudence ne semble pas adhérer pour autant à la caducité automatique du mariage du transsexuel. En témoignent les décisions ayant eu recours au divorce fondé sur la faute du transsexuel pour mettre fin à l'union à la demande du conjoint.

Aussi, deux obstacles s'élèvent cependant. Tout d'abord, le domaine de la caducité suppose que l'on soit en présence d'un acte juridique ordinaire. Or, la nature du mariage est discutée, la doctrine

16 F. Granet, *"Actes de l'état civil"*, article 99 à 101, fascicule 30, en *Jurisclasseur civil*, 2000, n° 29.

17 V. Wester-Ouisse, *La caducité en matière contractuelle: une notion à réinventer*, en *Jurisclasseur péridique. La semaine juridique* G, 2001, doc. I. 290, p. 182.

18 En ce sens voir H. Lecuyer, note sous Cour d'appel de Nîmes, 7 juin 2000, en *Droit de la famille*, 2001, comm. n° 4 et note sous Tribunal de grande instance de Caen, 28 mai 2001, en *Droit de la famille*, 2002, comm. n° 42; L. Mauger-Vielpeau, note sous Tribunal de grande instance de Caen, 28 mai 2001, *Dalloz*, 2002, JP, p. 127 ; J.P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, éd. LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 222, 1993, n° 2065 et s.

19 Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Paris, éd. LGDJ, 1963, p. 161.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

oscille entre l'institution et le contrat. De plus, les définitions de la caducité précisent, généralement, que l'acte caduc ne doit pas encore avoir produit d'effet juridique[20] ou éventuellement qu'il ait été «partiellement exécuté»[21]. En l'espèce, le mariage a produit des effets de droit tant au niveau personnel, qu'au niveau patrimonial. Malgré ces obstacles, ces auteurs considèrent que la caducité pourrait être retenue. Son régime reste à définir. Unanimement, la doctrine dominante considérait qu'elle devrait être non-rétroactive, produisant ses effets que pour l'avenir. Certains estiment qu'elle pourrait intervenir de plein droit «sans dépendre de la seule volonté d'un ou des époux»[22], d'autres, en revanche se prononcent en faveur d'une constatation judiciaire. Le juge pourrait alors être saisi par l'un des deux époux ou par le ministère public, l'ordre public étant à l'époque concerné[23].

La solution de la caducité proposé par la majorité de la doctrine des civilistes montre bien l'absence de réflexion de certains juristes qui demeurent incapable de regarder la réalité en dehors du code civil alors qu'il faudrait le faire à la lumière des droits fondamentaux protégées par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'Homme.

4. Ce que dit la Cedh

L'affaire Hämäläinen c. Finlande (n° 37359/09) du 13 novembre 2012, pendante devant la Grande chambre, concerne le grief d'une transsexuelle relatif au fait qu'elle ne pourrait obtenir la reconnaissance totale de son nouveau genre (féminin) qu'en faisant convertir son mariage en partenariat civil. Dans son arrêt de chambre du 13 novembre 2012, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention. Elle a conclu également qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 8 et qu'il n'y avait pas lieu d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 12 (droit au mariage). Elle a jugé en particulier qu'il avait été ménagé un juste équilibre dans le système judiciaire finlandais entre, d'une part, le droit de la requérante au respect de sa vie privée et son désir d'obtenir un nouveau numéro d'identité correspondant à sa nouvelle appartenance sexuelle et, d'autre part, l'intérêt de l'État à conserver intacte l'institution du mariage. La Cour a estimé notamment qu'il n'était pas disproportionné d'imposer à la requérante de convertir son mariage en partenariat civil, cette solution offrant aux couples de même sexe et à leurs enfants une protection juridique quasi identique à celle des couples mariés. Le 29 avril 2013, l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre à la demande de la requérante conformément à l'article 43 (renvoi devant la Grande Chambre) de la Convention. Si la non-violation est retenue par la Cour c'est précisément parce qu'il existe dans le cas de figure d'autres formes de protection de la vie du couple. Mais quid des pays comme l'Italie où il n'existe pas une loi d'union civile pour les couples de même sexe ? La Cour, à ne pas en douter, aurait statué autrement car le prononcé du divorce laisserait les conjoints sans aucune protection juridique.

5. La question de la discrimination indirecte

Outre le fait de porter atteinte à une liberté fondamentale et au respect de la vie privée, l'imposition du divorce constituerait également une discrimination indirecte. Le droit communautaire définie cette forme de discrimination comme une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs prohibés par la loi, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens, pour réaliser ce but, soient nécessaires et appropriés. Il s'agit donc d'un acte ou d'une mesure qui, en apparence, n'opère aucune différenciation, mais qui peut avoir pour effet de désavantager particulièrement un groupe de personnes déterminé en raison d'un critère discriminatoire (tel que le handicap, l'état de santé…), sans justification objective et

20 Id., *ivi*.

21 V. Wester-Ouisse, *La caducité en matière contractuelle: une notion à réinventer*, en *Jurisclasseur pédiodique. La semaine juridique* G, 2001, doc. I. 290, p. 182.

22 L. Mauger-Vielpeau, note sous Tribunal de grande instance de Caen, 28 mai 2001, *Dalloz*, 2002, JP, p. 127.

23 J. Hauser, *Nullité, caducité, divorce: le sort du mariage du transsexuel*, en *Revue trimestrielle de droit civil*. 2001, p. 335; J. Massip, note sous Tribunal de grande instance de Caen, 28 mai 2001, en *Petites affiches*, 2002, n° 85, p. 18.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

raisonnable.

La discrimination indirecte s'intéresse au résultat discriminatoire que produit une mesure et non à l'intention discriminatoire ou non qu'avait son auteur.

La caducité, la nullité ou l'imposition d'un divorce constituent des mesures qui, apparemment neutres, entrainent cependant une discrimination envers les personnes transidentitaires lesquelles se verraient affecter de manière disproportionnées de ces dispositifs par rapport à l'ensemble de la population.

6. Conclusion

Suivant le raisonnement de la Cour d'appel de Rennes, le transsexualisme de l'un des époux ne pourrait donc avoir d'incidence sur le sort du mariage que dans la mesure où il motive une demande en ce sens de l'un au moins des époux. Imposer la dissolution du lien conjugal d'un couple dont l'un a changé de sexe et souhaite une rectification de son état civil semble contraire à la protection de la vie privée et familiale de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les pays où il n'existe aucune reconnaissance légale des couples de même sexe (Union civile, PACS, partenariat enregistré….).

Mettre fin au lien matrimonial contre la volonté des conjoints nécessite un argument très fort. Ni la nullité, ni la caducité ni même l'ordre public ne semblent convaincre les juges.

Ce qui fait le lien matrimonial est surtout la VOLONTE (et non pas l'identité sexuelle des partenaires). Comme le note la cour d'appel de Rennes : «le choix de poursuivre la vie commune relève d'un choix privé dans lequel elle n'a pas à intervenir». Une évolution en faveur de la protection de la volonté des époux de rester mariés semble ainsi clairement se dessiner en France avant même l'adoption de la loi de 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

L'exigence de dissolution du mariage du transsexuel a été jugée inconstitutionnelle dans des pays qui n'autorisent pas le mariage homosexuel comme c'est le cas de l'Allemagne et de l'Autriche. En France, selon nous, la Cour de cassation serait arrivée à la même conclusion au regard du respect de la liberté individuelle proclamée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le Commissaire aux droits de l'Homme, a raison d'affirmer que ces décisions «appellent l'Etat à reconnaître qu'il est plus important de protéger tous les individus sans exception contre un divorce imposé par l'Etat que d'avoir quelques rares cas où ce principe conduit à des mariages entre personnes de même sexe».

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

*Denise Amram**

Identità di genere e famiglia in Irlanda, Regno unito e Islanda: quali spunti per l'Italia?

Sommario

1. Introduzione – 2. Il caso irlandese di Lydia Foy e il sordo dialogo fra giurisprudenza e legislatore – 3. Il superamento del paradosso del c.d. divorzio imposto attraverso il riconoscimento del *same-sex marriage*: la machiavellica esperienza britannica – 4. L'applicazione del principio di uguaglianza nelle relazioni familiari nel sistema islandese – 5. Quale collocazione per l'ordinamento italiano?

Abstract

La questione del c.d. divorzio imposto in caso di cambiamento di sesso di uno dei coniugi, sottoposta a giudizio di legittimità costituzionale nel nostro ordinamento, è stata (ed è) oggetto di un vivace dibattito nei sistemi del nord Europa. Nel presente contributo, in particolare, sono illustrate le evoluzioni giurisprudenziali e legislative emergenti in Irlanda, Regno unito e Islanda alla luce dei più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

As known, the Italian Constitutional Court has been asked to verify whether or not the so called "compulsory divorce clause" applied in case that a spouse changes sex during the marriage is in contrast with the Italian Constitution. The same issue has been debated in Northern Europe as well. In particular, this paper provides a comparative analysis of the legislative and judicial evolutions arising in Ireland, UK and Iceland in light of principles recently stated by the European Court of Human Rights.

1. Introduzione

Il presente contributo mira a illustrare lo stato dell'arte del dibattito nord europeo in ordine al riconoscimento dei diritti dei transessuali nelle relazioni familiari, al fine di comparare le soluzioni emergenti in Irlanda, Regno unito e Islanda con i possibili scenari che si potrebbero manifestare nel nostro ordinamento all'indomani della decisione della Corte costituzionale italiana, chiamata a pronunciarsi in materia di legittimità costituzionale della legge n. 164/1982, nella parte in cui prevede lo scioglimento automatico del matrimonio in caso di mutamento di sesso di uno dei coniugi[1].

La scelta dei tre sistemi oggetto dell'indagine si giustifica sia sulla base dell'attualità della questione "identità di genere – famiglia" negli ordinamenti proposti, che sulla diversità degli approcci la cui comparazione porta ad arricchire il dibattito italiano sotto molteplici profili. Infatti, gli stessi si pongono in tre distinte fasi di quella che può essere identificata come parabola evolutiva del riconoscimento dei

* Avv. Dr. Denise Amram, Dottore di ricerca in diritto privato e Avvocato del foro di Pisa, e-mail: denise.amram@gmail.com.

1 Corte di cassazione, 6 giugno 2013, n. 14329, in *Corriere giuridico*, 2013, p. 1519, con nota di Patti e su cui si vedano i contributi in questa *Rivista*.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

diritti fondamentali ai transessuali; ciascuna esperienza, inoltre, condivide pochi, ma determinanti elementi con il sistema italiano.

In Irlanda, la questione relativa al mantenimento del vincolo coniugale in caso di rettificazione di attribuzione di sesso si pone al centro del dibattito politico e legale in ordine alla proposta di legge pubblicata nell'estate 2013 dal dipartimento del *Social Welfare* (c.d. *General Scheme of Gender Recognition Bill*)[2]in materia di riconoscimento anagrafico del sesso acquisito. Il legislatore irlandese, infatti, non ha mai provveduto a disporre una procedura *ad hoc*, determinando il conseguente rifiuto da parte degli ufficiali dell'anagrafe di registrare cambiamenti di sesso.

Diversamente, nel sistema britannico è stato recentemente approvato il *Marriage (Same-sex Couples) Bill*[3], il quale è intervenuto in materia di identità di genere e famiglia, ovviando parzialmente alle perplessità derivanti dalla procedura, contenuta nel *Gender Recognition Act* del 2004[4], che poneva il divorzio o l'annullamento del matrimonio quale condizione necessaria per ottenere il *Gender Recognition Certificate* (di seguito GRC).

Vedremo, infine, che le incertezze e i paradossi di cui le esperienze irlandesi e britanniche si fanno foriere parrebbero superate nel sistema islandese attraverso una ferma applicazione del principio di non discriminazione tanto in ambito giusfamiliare che nell'erogazione dei servizi demografici.

2. Il caso irlandese di Lydia Foy e il sordo dialogo fra giurisprudenza e legislatore

Al fine di introdurre le diverse posizioni che la dottrina ha assunto in ordine alla questione relativa al c.d. divorzio imposto in sede di riconoscimento anagrafico del sesso acquisito, occorre ricostruire il dialogo fra formanti giuridici che caratterizza l'ordinamento irlandese in materia di riconoscimento dei diritti fondamentali ai transessuali.

Si noti *in primis* che, a oggi, nessuna legge sulla rettificazione di attribuzione di sesso è stata approvata. Dal luglio 2013 è in discussione in parlamento il *General Scheme of Gender Recognition Bill*[5], volto a colmare quelle lacune che la giurisprudenza già nel 2007 aveva considerato contrarie all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo[6].

Il caso di Lydia Foy[7], infatti, è da molti anni al centro del dibattito in ordine al riconoscimento dei diritti ai transessuali in Irlanda. Si tratta di una donna transgender che sin dal 1993 aveva richiesto la rettificazione di attribuzione di sesso all'anagrafe. In seguito a numerosi rifiuti da parte dell'amministrazione irlandese, nel 1997, la stessa decise di intraprendere una battaglia legale che nel 2002 sfociò in un rifiuto da parte della High Court della pretesa di riconoscimento anagrafico del nuovo genere.

In seguito alla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'Uomo sul caso *Christine Goodwin v. UK*[8] con cui, come è noto, la Corte di Strasburgo ha ricondotto il rifiuto da parte delle autorità britanniche di rilasciare un certificato anagrafico a due donne transessuali ad una violazione degli articoli 8 e 12 della Convenzione, Foy intraprese una nuova azione legale per accertare le medesime violazioni ad opera delle autorità irlandesi, dal momento che lo *European Convention on Human Rights Act 2003* (*ECHR Act*) aveva appena reso applicabile la Convenzione anche in Irlanda[9]. Quest'ultimo giudizio si concluse, come anticipato, nel 2007 con una sentenza della High Court che, pur rigettando le pretese della Foy, riconobbe con una *Declaration of Incompatibility* che l'assenza di una normativa in grado di garantire il riconoscimento del sesso acquisito nel certificato di nascita della ricorrente fosse contraria all'*ECHR Act* del 2003. Si legge nella motivazione del giudice McKechnie: "*as Dr. Foy cannot obtain from this Court any relief other than a declaration of incompatibility, I propose to issue such a declaration as in my opinion the circum-*

2 http://www.welfare.ie/en/downloads/Gender-Recognition-Bill-2013.pdf.

3 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents.

4 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/crossheading/applications-for-gender-recognition-certificate.

5 http://www.welfare.ie/en/Pages/Gender-Recognition-Bill-2013.aspx.

6 *Foy v. An t-Ard Chlaraitheoir & Others* [2007] IEHC 470.

7 Per un approfondimento, cfr. www.flac.ie/download/pdf/foy_case_briefing_note_feb_2013.pdf.

8 Corte Edu, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno unito*.

9 *European Convention on Human Rights Act 2003*, n. 20, in www.irishstatutebook.ie/pdf/2003/en.act.2003.0020.pdf .

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

stances of this case entirely justify it"[10].

Gli effetti giuridici derivanti da detta *Declaration* si limitano, tuttavia, soltanto a imporre al primo ministro di presentare una relazione alle Camere sulla questione, entro le successive 21 sedute parlamentari, senza andare ad incidere direttamente sul quadro normativo vigente[11]. Per questi motivi il dialogo fra legislatore e formante giurisprudenziale può essere definito "sordo", almeno fino all'estate del 2013 con la pubblicazione del c.d. *General Scheme of Gender Recognition Bill*, tuttora in discussione in parlamento.

La menzionata proposta di legge enuclea al proprio articolo 5 (*recte Head 5*) i requisiti per l'ottenimento del GRC: tra questi vi è la circostanza che l'interessato non sia sposato o parte di una *civil partnership*. La disposizione, che pone la libertà di stato come *condicio sine qua non* per il rilascio del certificato, parrebbe trovare conferma nel successivo *Head 9*, là dove si specifica che l'interessato possa contrarre matrimonio con una persona di sesso opposto rispetto a quello riconosciuto nel GRC o una *civil partnership* omosessuale, in armonia con i due modelli di famiglia riconosciuti nell'ordinamento irlandese.

Alla base di dette disposizioni vi sarebbe l'intenzione di non creare ipotesi di matrimoni tra persone dello stesso sesso, imponendo – di fatto – al transessuale sposato la scelta tra il mantenimento del vincolo coniugale e il riconoscimento legale del proprio genere[12].

A complicare ulteriormente il quadro si pone la disciplina in materia di scioglimento del matrimonio che, nell'ordinamento irlandese, consta esclusivamente di due condizioni: crisi irreversibile del rapporto (i) che abbia portato ad una separazione per almeno quattro anni nel corso dell'ultimo quinquennio (ii), non sussistendo cause specifiche determinanti l'immediata cessazione del rapporto matrimoniale[13].

Diverse sono le posizioni assunte al fine di modificare il meccanismo proposto. Tra queste, non manca chi proponga l'introduzione di una specifica ipotesi di divorzio immediato. Tuttavia, come nota FLAC (l'organizzazione indipendente che ha rappresentato Lydia Foy nelle proprie vicende legali) in caso di divorzio imposto nemmeno la condizione i) potrebbe considerarsi integrata, qualora le parti intendano mantenere la comunione di vita[14].

In una pressoché contemporanea (ma mai approdata in discussione) proposta di legge, intitolata *Legal Recognition of Gender Bill 2013*[15], presentata dalla senatrice Katherine Zappone, invece, la libertà di stato del richiedente per l'aggiornamento del certificato anagrafico è considerata irrilevante. Infatti, si legge nella relazione di accompagnamento, in nessun modo la mutazione di sesso potrebbe integrare una delle condizioni previste dall'ordinamento per lo scioglimento del matrimonio. Inoltre, "*to require married applicants to be divorced prior to making an application will necessitate that they live apart from their spouse for four years (despite being happily married and not wanting to live apart). Additionally, married potential applicants and their spouses would have to perjure themselves in Court by swearing that their happy marriage has irretrievably broken down. In these circumstances, where a judge is aware that a petition for divorce has been made in order to facilitate an application for gender recognition, the divorce might not be granted. Consequently, the transgender spouse would be excluded from the legislative scheme for gender recognition in contravention of their rights under Article 8 of the European Convention on Human Rights*"[16].

Con riferimento alla questione relativa alla possibilità che tale proposta, di fatto, apra ad ipotesi di matrimonio omosessuale contrarie al dettato costituzionale[17], la proponente specifica, recuperando

---

10 *Foy v. An t-ArdChlaraitheoir& Others*, cit.

11 M. Farrell, *The Lydia Foy Case – What It Means and What Happens Next*, 2010, in www.ucc.ie/law/CCJHRsymposiumGender/Michael%20Farrell%20UCC%20conference%20paper%20May2010.pdf.

12 Così si legge nel rapporto presentato al *Minister for Social Protection da parte del Gender Recognition Advisory Group* in data 15 giugno 2011: "*The Group recognises that, while there would only be a small number of people for whom the preservation of their existing marriage is a priority, the requirement to dissolve such a marriage would be very distressing for them. Nevertheless, any recommendation which the Group makes must be constitutionally sound (…) Accordingly, the Group recommends that the criteria for legal recognition of an acquired gender should include a provision whereby the applicant cannot be married or in a civil partnership*", in www.welfare.ie/en/downloads/Report-of-the-Gender-Recognition-Advisory-Group.pdf, pp. 30-32.

13 Cfr. Art. 41.3.2 della Costituzione irlandese in seguito alla modifica apportata dal *Family Law (Divorce) Act of 1996*, in www.irishstatutebook.ie/1996/en/act/pub/0033/; P. Ward, *Family, Matrimonial Property and Succession Law,* in *International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International, 2006.

14 Le osservazioni del FLAC alla proposta di legge sono disponibili su www.flac.ie/download/pdf/2013_09_18_general_scheme_of_transgender_recog_bill_2013_to_joc_sp.pdf.

15 http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/bills/2013/7513/b7513s.pdf.

16 http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/bills/2013/7513/b7513s-memo.pdf.

17 Si vedano le decisioni della *High Court* e della *Supreme Court* nei seguenti casi: *Murray v. Ireland* [1985] IR 532; *TF v Ireland* [1995] 1 IR 321; *DT v CT* [2003] 1 ILRM 321; *Zappone and Gilligan v Revenue Commissioners* (*Unreported, High Court, 14 December 2006*);

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

la nostrana distinzione tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto, che formalmente tali matrimoni sarebbero contratti tra persone di sesso opposto e il fatto che restino in vita in seguito al mutamento di sesso di uno degli sposi non inficerebbe sul momento della celebrazione. Tale approccio è condiviso[18] da quella parte della dottrina per la quale neanche l'annullamento del matrimonio – ipotesi originariamente prevista in Inghilterra e Galles – potrebbe costituire una valida alternativa al divorzio imposto, dal momento che tratterebbe le parti come se il matrimonio non vi fosse mai stato, negando l'applicabilità di tutti quegli istituti volti a proteggere il coniuge debole in seguito allo scioglimento del matrimonio[19].

Vi è altresì chi, invece, auspicherebbe l'adozione della soluzione finlandese che prevede la trasformazione del matrimonio in una *civil partnership* quale effetto *ex lege* della rettificazione del sesso anagrafico. Tale opzione, infatti, è stata ritenuta dalla Corte di Strasburgo conforme ai principi enunciati nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo[20] e la sua riproduzione nel sistema irlandese non inficerebbe sui modelli familiari attualmente riconosciuti[21].

A tal proposito, tuttavia, occorre osservare che in Irlanda il dibattito sul riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso è particolarmente avanzato e la questione relativa all'opportunità o meno della condizione della libertà di stato del transessuale ai fini del rilascio del GRC potrebbe presto perdere rilevanza. Si ricorderà, infatti, che per il 2015 è stato indetto un referendum diretto a modificare la Costituzione irlandese nel senso di estendere l'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali, come richiesto dalla *Constitutional Convention*[22], che è un organo consultivo del parlamento irlandese istituito al fine di fornire raccomandazioni e pareri sulle riforme costituzionali[23].

3. Il superamento del paradosso del c.d. divorzio imposto attraverso il riconoscimento del *same-sex marriage*: la machiavellica esperienza britannica

Se nel sistema irlandese la questione relativa all'inserimento o meno della clausola del c.d. divorzio imposto in una prospettiva *de iure condendo* ha alimentato un vivace dibattito, Inghilterra, Galles e Scozia hanno, invece, recentemente superato il paradosso attraverso la normativa volta a riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso, sebbene, come osservato nella richiamata ordinanza della Corte di cassazione italiana n. 14329/2013, il meccanismo di "equiparare ingiustificatamente la situazione di due persone dello stesso sesso che intendono contrarre matrimonio a quella di due soggetti regolarmente coniugati, uno dei quali decida di mutare sesso" ometta di considerare come premessa fondamentale la distinzione tra orientamento sessuale e identità di genere[24].

I percorsi evolutivi che andremo a descrivere dimostrano come i sistemi di cui ci occuperemo in questo paragrafo abbiano colto l'occasione dell'approvazione dei testi legislativi in materia di estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali per modificare la clausola del c.d. divorzio

HAH v SAA and the Attorney General (*Unreported, High Court, 4 November 2010*).

18 "*In short, requiring applicants to be single is neither necessary nor proportionate*", così F. Ryan, *The General Scheme of the Gender Recognition Bill 2013: Notes for Opening Statement Before the Joint Oireachtas Committee on Education and Social Protection*, 22 ottobre 2013, in *SSRN*, id-2397694, p. 5; T. NìMhuirthile – F. Ryan, *Legal Recognition of Gender Bill 2013*, in *www.humarights.ie*.

19 P. Ward, *Ancilllary Reliefs on Divorce: The Emerging Jurisprudence of the Superior Courts*, in *International Survey of Family Law*, 2006, pp. 245 ss.

20 Corte Edu, 13 novembre 2012, *H. c. Finlandia*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 596, con nota di E. Falletti.

21 Nelle osservazioni dell'*Irish Human Rights Commission* al *Gender Recognition Bill 2013*, dopo una breve rassegna delle problematiche emergenti dalla clausola del divorzio imposto, si raccomanda "*that the State give further consideration to the question of whether the present restrictions on access to divorce will ultimately create an insurmountable bar to certain individuals applying for a gender recognition certificate, even in circumstances where they would, in all other respects, satisfy the requirements of the General Scheme*", in www.ihrc.ie/download/pdf/ihrc_observations_on_the_general_scheme_of_gender_recognition_bill_november_2013.pdf, p. 10.

22 La mozione del 14 aprile 2013, avente ad oggetto la modifica della Costituzione irlandese nella prospettiva di estendere l'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali, è passata con il voto favorevole del 79% dei componenti l'assemblea, cfr. www.constitution.ie/AttachmentDownload.ashx?mid=b4bee9f7-fda4-e211-a5a0-005056a32ee4.

23 Il *Constitutional Convention* è stato istituito con *Resolution of the Houses of the Oireachtas* del luglio 2012, disponibile in www.constitution.ie/Documents/Terms_of_Reference.pdf.

24 Corte di cassazione, 6 giugno 2013, n. 14329.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

imposto, inclusa nella precedente normativa sul riconoscimento anagrafico della mutazione di sesso, c.d. *Gender Recognition Act 2004*, applicabile in tutti i territori del Regno unito[25].

L'inerzia del legislatore britannico si è interrotta con il menzionato caso *Goodwin*[26], deciso dalla Corte di Strasburgo nel 2002, che ha portato la *House of Lords* a dichiarare nel caso *Bellinger v. Bellinger*[27] l'incompatibilità del sistema britannico con la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo: "*this decision of the European Court of Human Rights prompted three developments (…) the minister stated that the working group had been asked to consider urgently the implications of the Goodwin judgment (…) the government announced its intention to bring forward primary legislation which will allow transsexual people who can demonstrate they have taken decisive steps towards living fully and permanently in the acquired gender to marry in that gender (…) those parts of English law which fail to give legal recognition to the acquired gender of transsexual persons are in principle incompatible with articles 8 and 12 of the Convention*"[28].

Di conseguenza, il parlamento ha approvato il *Gender Recognition Act 2004*, il quale, tuttavia, prevedeva quale condizione ai fini della rettificazione del sesso anagrafico la previa dissoluzione o annullamento di precedenti matrimoni o unioni civili registrate[29].

La norma si giustificava sulla base della vigente disciplina dei modelli familiari che riservava l'istituto matrimoniale alle sole coppie eterosessuali e la *civil partnership* a quelle omosessuali.

Nel novembre 2012, come accennato, la Corte Edu è tornata a pronunciarsi in materia di identità di genere e matrimonio con il caso *H. c. Finlandia*[30], ritenendo ragionevole il bilanciamento operato dal legislatore finlandese che, disciplinando la possibilità di trasformare il matrimonio in una unione civile registrata, era riuscito a tutelare il diritto al rispetto della vita privata e familiare del transessuale sposato richiedente il riconoscimento anagrafico della rettificazione di sesso, con la prerogativa legislativa in materia di modelli familiari.

La decisione ha avuto un notevole impatto sul dibattito politico legislativo britannico, tant'è che la questione relativa alle modifiche da apportare al *Gender Recognition Act 2004* è stata inserita nel disegno di legge sul *Marriage (Same-sex Couples) Bill*[31].

In particolare, nella sua prima formulazione, lo *Schedule 5* annesso alla proposta di legge sul *same-sex marriage* prevedeva la possibilità per il coniuge del transgender di mantenere in vita il vincolo matrimoniale opponendo un veto alla richiesta di certificato di rettificazione di attribuzione di sesso dell'interessato. Il che non solo non eliminava la condizione del c.d. divorzio imposto per l'ottenimento del GRC, ma addirittura attribuiva la scelta tra mantenere in vita il rapporto di coniugio e il riconoscimento anagrafico del mutamento di sesso non all'interessato, ma al proprio coniuge.

Sulla scia del recepimento dei moniti contenuti nella decisione della CEDU, è passato un emendamento che prevede che il matrimonio non si sciolga in sede di riconoscimento anagrafico del genere acquisito dall'interessato, purché vi sia un espresso consenso del coniuge a mantenere in vita il vincolo[32].

Le perplessità emergenti dalla nuova normativa concernono due profili: da un lato, quello del consenso, dal momento che il mantenimento del matrimonio sarebbe determinato univocamente dalla dichiarazione del coniuge. Dall'altro, il collegato aspetto temporale: infatti, per richiedere il GRC occorre, tra le altre, la prova di aver vissuto per due anni conformemente al sesso desiderato, periodo in cui il vincolo matrimoniale rimarrebbe in vita di comune accordo; il che difficilmente si concilierebbe con la possibilità attribuita al coniuge di opporre il veto alla continuazione della vita coniugale al momento della presentazione della domanda per il GRC.

Similmente, la recentissima normativa scozzese, intitolata *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Bill*[33], disciplina nella sua *Part 4* le modifiche apportate al *Gender Recognition Act 2004* applicabile nel territorio scozzese in ragione dell'apertura dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali.

Ivi, il GRC è rilasciato se l'interessato sia unito in matrimonio ed entrambi i coniugi acconsentano

25 J.M. Scherpe, *Changing One's Legal Gender in Europe – The "W" Case in Comparative Perspective*, in *Hong Kong Law Journal*, 2011-2012, p. 109; M. Sabatello, *Advancing Transgender Family Rights Through Science: a Proposal for an Alternative Framework*, in *Human Rights Quarterly*, 2011, n. 1, pp. 43-75; R. Probert, *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 77 ss.

26 Corte Edu, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno unito*.

27 [2003] UKHL 21, in www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030410/bellin-1.htm.

28 Id., *ivi*.

29 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/crossheading/applications-for-gender-recognition-certificate.

30 Corte Edu, 13 novembre 2012, *H. c. Finlandia*.

31 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents.

32 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/notes/division/2/4/1.

33 http://www.scottish.parliament.uk/S4_Bills/Marriage%20and%20Civil%20Partnership%20(Scotland)%20Bill/b36bs4-as-passed.pdf.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

al mantenimento del vincolo.

Diversamente, se il transessuale sia unito in una *civil partnership*, l'unione sarà mantenuta soltanto a condizione che l'autorità abbia deciso di rilasciare il medesimo certificato anche al partner dell'interessato.

La disposizione riproduce quanto previsto in Inghilterra e Galles. In particolare, nel caso in cui l'interessato sia unito in matrimonio o in *civil partnership* e manchino rispettivamente il consenso del coniuge alla prosecuzione del matrimonio o le condizioni per il mantenimento dell'unione civile registrata, è rilasciato un *interim certificate* di riconoscimento anagrafico del mutamento di sesso, valido per sei mesi, che potrà essere eventualmente convertito in *full certificate* se alla scadenza saranno integrate le condizioni mancanti.

In tal senso, emerge il paradosso secondo cui, tanto in Inghilterra e Galles che in Scozia, non essendo l'istituto delle unioni registrate aperto alle coppie eterosessuali, il transessuale precedentemente unito in una *civil partnership* sia costretto a scegliere tra il mantenimento dell'unione registrata o il rilascio del GRC[34].

4. L'applicazione del principio di uguaglianza nelle relazioni familiari nel sistema islandese

Dalle esperienze precedentemente illustrate si osserva la sussistenza di una certa corrispondenza tra i dibattiti in ordine al riconoscimento legale di modelli familiari diversi da quello tradizionale e l'approccio con cui è affrontata la questione del divorzio imposto in caso di sopravvenuta identità di genere dei due coniugi.

A conferma di questa tendenza, si pone il sistema islandese che vanta una tradizione quasi ventennale di riconoscimento di modelli familiari diversi da quello tradizionale. Sin dal 1996, infatti, il parlamento islandese ha regolamentato le unioni omosessuali[35]; nel 2006 ha esteso a queste ultime l'accesso all'adozione, alle tecniche di fecondazione assistita e agli istituti conseguenti il riconoscimento delle responsabilità genitoriali; nel 2010 ha approvato all'unanimità una legge che, abolendo la precedente normativa sulle unioni registrate, individuava il carattere *gender neutral* per l'istituto matrimoniale[36]. Da ultimo, nel 2012 ha riorganizzato le disposizioni contenute tanto nelle riforme in materia di diritto della famiglia, quanto nei provvedimenti amministrativi volti all'erogazione dei servizi anagrafici, in una normativa *ad hoc* in materia di diritti dei transessuali[37], al fine di garantire che "*transgendered people receive equal treatment before the law, in harmony with human rights*"[38].

Il comune denominatore delle menzionate iniziative normative può essere individuato, dunque, nell'impulso legislativo in favore dell'applicazione del principio di uguaglianza[39].

In particolare, facendo tesoro tanto degli strumenti internazionali ed europei di *soft law*, come principi, pareri, raccomandazioni e linee guida[40], tanto dei moniti derivanti dalla giurisprudenza delle corti di Lussemburgo e di Strasburgo[41], il sistema islandese non ha omesso di cogliere nel principio di non discriminazione la chiave per innovare la propria legislazione in materia di diritti fondamentali nelle relazioni familiari.

---

34 A tal proposito occorre precisare che il *Government Equalities Office* sta procedendo a una consultazione pubblica per verificare in che termini modificare il *Civil Partnership Act 2004*. Tra le proposte vi è sia l'abolizione dell'istituto, che la sua estensione alle coppie eterosessuali, in www.gov.uk/government/publications/civil-partnerships-review-terms-of-reference-and-timetable.

35 *Lög* n. 87, 12 giugno 1996, *Lög um staðfestasamvist*, in www.althingi.is/altext/stjt/1996.087.html.

36 G. Eydal, S. Ólafsson, *Family Policy in Iceland: An Overview*, in *Family Policies in the Context of Family Change. The Nordic Countries in Comparative Persective*, I. Ostner, C. Schmitt (eds.), Springer, 2008, pp. 109 ss.

37 *Lög* n. 140, 27 giugno 2012, *Frumvarptillaga um réttarstöðueinstaklingameðkynáttunarvanda*, in www.althingi.is/altext/140/s/1174.html.

38 P. Fontaine, *New Bill to Further Ensure Transgender Rights*, in *Reykjavík Grapevine*, 14 maggio 2012.

39 Sul punto si veda il rapporto sui diritti dei transessuali in Islanda: Aa. Vv., *Réttindi transgender fólks á Íslandi*, Icelandic Human Rights Centre, 2012, in www.humanrights.is/media/greinar/rettindi-transfolks-bokin.pdf.

40 Tra cui: *The Yogyakarta Principles – The Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, in www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm; Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*, 14 luglio 2011, risoluzione n. 17/19.

41 Tra le decisioni non ancora richiamate, si vedano Corte di giustizia Ue, 7 gennaio 2004, C-117/01, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency*; Ead., 24 aprile 2006, C-423/04, *Sara Margaret Richards c. Secretary of State for work and pensions*.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Ciò che mancava fino al 2012, infatti, era una normativa organica che garantisse di risolvere alcune perplessità interpretative che nella prassi potevano emergere nei diversi ambiti della vita delle persone transessuali. Tuttavia, sia la disciplina sul diritto di famiglia, che quella in materia di iscrizione all'anagrafe, assicuravano uno statuto giuridico alle persone transessuali.

Con riferimento alla questione della clausola del divorzio imposto, nel rapporto sui diritti delle persone transessuali (pubblicato poche settimane prima dell'introduzione della legge dell'11 giugno 2012) si osserva che, a differenza di quanto emergeva da una lettura combinata del quadro giuridico internazionale, in Islanda, sin dall'entrata in vigore della legge sul c.d. *gender-neutral marriage*, la libertà di stato non era individuata come condizione né per l'accesso al trattamento chirurgico, né per la rettificazione di attribuzione di sesso[42].

Con l'art. 7 della legge del 2012, infine, si afferma in maniera inequivocabile un principio di uguaglianza universale:*"Umsækjandisemhlotiðhefurstaðfestinguskv. 3. mgr. 6. gr. nýturallraþeirraréttindaaðlögumsemskráðkynbermeðsér"*, secondo cui una volta registrati con il genere acquisito, gli interessati godono degli stessi diritti delle persone di tale genere. La norma supera eventuali dubbi interpretativi relativi a precedenti vincoli matrimoniali anche attraverso la specificazione espressa all'articolo 10, con cui è sancita l'irrilevanza del mutamento di sesso con riferimento alle responsabilità genitoriali e ai diritti verso i figli minori.

5. Quale collocazione per l'ordinamento italiano?

Rispetto alle esperienze sin qui illustrate, quella italiana si caratterizza per due elementi fondamentali: in primo luogo, pur non essendovi alcun riconoscimento normativo di modelli familiari diversi dal matrimonio tra eterosessuali, sin dal 1982, il legislatore ha disciplinato il riconoscimento anagrafico del mutamento di sesso.

In secondo luogo, sebbene dall'indagine comparatistica sin qui svolta sia emersa una certa corrispondenza di intenti nella elaborazione di normative che, da un lato, estendano il matrimonio alle coppie omosessuali e, dall'altro, superino la clausola del c.d. divorzio imposto in caso di richiesta di riconoscimento anagrafico del sesso acquisito, attualmente è difficile pensare che nel nostro ordinamento le due questioni vengano considerate nell'ambito del medesimo dibattito politico-legislativo.

Infatti, già la Corte costituzionale nella nota sentenza n. 138/2010[43] aveva escluso che vi fosse una situazione di omogeneità tale da determinare l'applicazione del principio di non discriminazione tra una coppia di omosessuali che intenda convolare a nozze e una coppia sposata composta di persone di diverso sesso anche se in seguito a rettificazione. Tuttavia, è indubbio che l'esito della sollevata questione di legittimità costituzionale relativa al c.d. divorzio imposto diventi cruciale per il dibattito in ordine al riconoscimento delle diverse isole che compongono il c.d. "*arcipelago familiare*"[44], in quanto in caso di accoglimento le due problematiche potrebbero essere ripensate alla luce del principio di non discriminazione.

Ed è proprio di fronte a percorsi evolutivi apparentemente diretti verso posizioni opposte che la comparazione costituisce una chiave di lettura indispensabile per individuare le soluzioni più congrue a tutelare i diritti fondamentali della persona nelle relazioni familiari[45].

Come osservato nell'ordinanza 14329/2013, il legislatore del 1982 con la clausola del c.d. divorzio imposto parrebbe aver attuato un bilanciamento di interessi tra "il riconoscimento del diritto alla vera identità di genere del soggetto che desidera rettificare il sesso che gli è stato attribuito alla nascita" e quello "statuale a non modificare i modelli familiari, nonostante il potenziale sacrificio del diritto alla vita privata e familiare che tale bilanciamento determina". Detta scelta è stata ribadita con la legge n. 74/1987 che ha aggiunto tra le ipotesi di scioglimento del matrimonio il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso[46], imponendo un'interpretazione di ordine sistematico della normativa, volta ad escludere "il permanere, temporaneo o definitivo, del vincolo coniugale tra

42 Aa. Vv., *Réttindi transgender fólks á Íslandi*, cit., p. 48 e p. 52; J. Josephson, *Gender Equality and Trans Issues in Iceland*, APSA, 2012, in *SSRN*, id2108934.

43 Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 653, con nota di M. Gattuso.

44 L'immagine dell'arcipelago familiare è di F.D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, p. 509 ss.

45 Sia concesso rinviare agli studi di natura comparatistica inclusi nel volume D. Amram, A. D'Angelo, *La famiglia e il diritto tra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Milano, Cedam, 2011.

46 Art. 3, comma 4, lett. g), L. n. 898/1970, riformata dalla legge n. 74/1987.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

persone dello stesso sesso"[47].

Invece, l'illustrato *General Scheme of the Gender Recognition Bill 2013* irlandese (così come la disciplina in vigore nel sistema britannico prima delle riforme contenute nelle normative sul matrimonio omosessuale) pone la condizione della libertà di stato come antecedente necessario per il riconoscimento anagrafico della rettificazione di sesso.

Entrambi i meccanismi incidono sulla libertà di autodeterminazione del soggetto, che si trova a dover scegliere tra il riconoscimento legale del mutamento di sesso e il mantenimento del vincolo coniugale.

Tuttavia, dall'indagine comparatistica si evince che, mentre tale automaticità degli effetti della sentenza di rettificazione parrebbe essere volta a favorire il processo di riconoscimento anagrafico del cambiamento di sesso dell'interessato, nella proposta irlandese la clausola della libertà di stato costituirebbe un ulteriore ostacolo da superare per quest'ultimo, dovendosi rispettare il termine di separazione di fatto prima di ottenere lo scioglimento del vincolo, senza il quale il GRC non sarebbe rilasciato.

In questa prospettiva, nel citare la casistica tedesca e austriaca, la Cassazione italiana non ha mancato di osservare che "l'ingerenza statuale situata a monte o a valle del procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso, consistente nell'obbligo preventivo o nell'effetto solutorio successivo sul vincolo coniugale, determina la lesione di un diritto che ha la stessa natura, ampiezza e centralità, nello sviluppo dell'essere umano, di quello all'identità di genere".

In Italia e in Irlanda la tutela del modello familiare tradizionale parrebbe andare oltre il principio di unità e solidarietà che caratterizza l'intera disciplina giusfamiliaristica[48] a sacrificio, peraltro, del diritto all'autodeterminazione. Il che risulta ancora più paradossale allorquando l'indagine sia estesa a sistemi come Inghilterra, Galles e Scozia le cui discipline, come osservato, nel rispondere ad esigenze sociali di parità di trattamento, non mancano di valorizzare l'elemento della stabilità dell'*affectio coniugalis*, attraverso l'introduzione della manifestazione del consenso di entrambi i coniugi al mantenimento del vincolo matrimoniale nonostante il mutamento di sesso.

Eppure dette normative sono state criticate con riferimento al profilo stesso dell'autodeterminazione dell'interessato, dal momento che quest'ultimo, ai fini del rilascio del GRC, parrebbe essere passato dall'ingerenza statale (insita nella formulazione originaria del testo normativo) a quella del coniuge[49].

Chi scrive non nasconde un *favor* verso il percorso normativo islandese volto ad assicurare la parità di trattamento nelle relazioni familiari, partendo da un ideale di uguaglianza tra (e dei) modelli familiari che compongono la società. E la decisione della Corte costituzionale sulle questioni poste dall'ordinanza della Cassazione n. 14329/2013 potrebbe contribuire significativamente in tale direzione.

47 S. Patti, *Un ben motivato rinvio alla Corte costituzionale in materia di divorzio "automatico" della persona transessuale*, nota a Corte di cassazione, 6 giugno 2013; Id., *Verità e stato giuridico della persona,* in *Rivista di diritto civile,* 1988, I, pp. 245 ss.; Id., *Transessualismo,* in *Digesto,* IV, sez. civ., XIX, Torino, 1999, p. 427; M. Gattuso, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, n. 3, p. 1076 ss.; R. Ciliberti, *La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici,* in *Diritto di famiglia,* 2001, pp. 346 ss., p. 362.

48 Tra tutti, si vedano P. Perlingeri, *Sui rapporti personali nella famiglia,* in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1979, pp. 1253 ss.; A. Scalisi, *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2002, pp. 708 ss.; F.D. Busnelli, *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 1973, I, p. 119.

49 M. Oldham, *Family Law 2013-2014*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 487.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Bibliografia

A

AA. VV., *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010.

AA. VV., *Réttindi transgender fólks á Íslandi*, Icelandic Human Rights Centre, 2012.

AA. VV., *Revista General de Derecho Constitucional*, 2013, n. 15 (monográfico).

Adamietz L., *Transgender ante portas? Anmerkungen zur fünften Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Transsexualität*, in *Kritische Justiz*, 2006, pp. 368 ss.

Adamietz L., *Geschlecht als Erwartung. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientirung und der Geschlachtsidentität*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

Amram D., D'Angelo A. (a cura di), *La famiglia e il diritto tra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea*, Milano, Cedam, 2011.

Angelini F., *Orientamento sessuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. IV, Torino, Utet, 2010, pp. 364 ss.

Angelini F., *La Corte di cassazione su unioni e matrimoni omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, pp. 1520 ss.

Angiolini V., *Sulle coppie gay l'Alta Corte non chiude*, in *l'Unità*, 16 aprile 2010.

Anrò I.A., *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, A. Oddenino e a. (a cura di), Torino, 2010, p. 7 ss.

Arai-Takahashi Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen-Oxford, 2002.

Auletta T., *Dai principi costituzionali al "diritto vivente". Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, relazione di sintesi al Convegno annuale del Gruppo di Pisa "La famiglia davanti ai suoi giudici", Catania, 7-8 giugno 2013, in *www.gruppodipisa.it*, 2013.

B

Baer S., *Wurde oder Gleichheit?: zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Rechtgegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belastigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA*, Baden-Baden, Nomos, 1995.

Balboni M., *La protezione internazionale in ragione del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Aspetti di diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2012.

Baldassarre A., *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXXI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, *ad vocem*, 1989.

Barcellona P., *Famiglia*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 779 ss.

Bartole S., *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, pp. 1178 ss.

Battaglia E., *Sesso e orientamento sessuale nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza K.B. c. Regno Unito*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 599 ss.

Benvenisti E., *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1998–99, p. 843 ss.

Bergamini E., *La famiglia nel diritto internazionale privato dell'Unione europea: i recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di unioni di fatto e registrate*, in *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli, Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, in L.S. Rossi, E. Baroncini (a cura di), Napoli, 2010.

Bergamini E., *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

Bessone M., *Art. 29*, in *Commentario alla Costituzione,* G. Branca (a cura di), Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro italiano, 1976.

Bettetini A., *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1996.

Bilancia F., *Leggi retroattive nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012.

Bilotta F, *Diritto e omosessualità*, in *I diritti della persona. Tutela civile, penale e amministrativa*, P. Cendon (a cura di), vol. I, Torino, 2005, p. 375 ss.

Bilotta F, *Matrimonio (gay) all'italiana*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, p. 91 ss.

GenIUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

Bilotta F., *L'interpretazione delle norme vigenti: il ruolo dell'avvocato*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive?*, B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, Jovene, 2011.

Bilotta F., voce *Transessualismo*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, 8° aggiornamento, 2013, p. 732.

Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.

Bin R., *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, n. 10, pp. 1066 ss.

Biondi F., *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa "La famiglia davanti ai suoi giudici", Catania, 7-8 giugno 2013, in *www.gruppodipisa*, 2013.

Bonilini G., *La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della L. n. 164/1982*, in *Commentario Schlesinger al codice civile*, Milano, 2004, p. 275 ss.

Bonilini M., *Rettificazione di attribuzione di sesso, e scioglimento automatico del matrimonio ai sensi dell'art. 31, D.lgs. n. 150/2011*, in *Famiglia, persone, successioni*, 2011, n. 12, p. 805.

Bonini Baraldi M., *Il matrimonio fra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 418 ss.

Borrillo D., *Audition devant la Commission nationale consultative des droits de l'Homme sur l'identité de genre*, en http://fr.scribd.com/doc/145856955/identite-de-genre-et-droit-Daniel-Borrillo

Brunelli G., *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, 2011, p. 143 s.

Buffelan-Lanore Y., *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, préface de P. Hébraud, Paris, éd. LGDJ, 1963.

Busnelli F.D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, pp. 509 ss.

Busnelli F.D., *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 1973, I, p. 119.

Butler J., *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

C

Caggia F., Zoppini A., *Art. 29*, in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Padova, Cedam, 2006, pp. 601 ss.

Carbone S.M., Queirolo I. (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008.

Carbone S.M., Tuo C., *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 301 ss.

Cartabia M., *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in *Iustitia*, 2011, pp. 285 ss.

Chessa O., *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 3927 ss.

Cicu A., *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Rivista di diritto civile*, 1939, pp. 3 ss.

Cicu A., *Lo spirito del diritto familiare* (1914), in *Scritti Minori*, Id., Milano, Giuffrè, 1965, pp. 123 ss.

Cicu A., *Il Concetto di "status"* (1917), in *Scritti Minori*, Id., Milano, Giuffrè, 1965, pp. 181 ss.

Cicu A., *Matrimonium seminarium reipublicae*, in *Scritti Minori*, Id., Milano, Giuffrè, 1965, pp. 199 ss.

Cicu A., *Sull'indissolubilità del matrimonio* (1952), in *Scritti Minori*, Id., Milano, Giuffrè, 1965, 233 ss.

Cicu A., *Il diritto di famiglia: teoria generale* (1914), Bologna, Forni, 1978

Ciliberti R., *La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici*, in *Diritto di famiglia*, 2001, pp. 346 ss.

Ciolli I., *Brevi note in tema d'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2012.

Cojocariu C., Vandova V., *Case of H. v. Finland. Request for Referral to the Grand Chamber on behalf of the Applicant*, 2013, in *www.interights.org/h-v-finland/index.html*.

Condorelli L., *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla Cedu o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 301 ss.

Connor I., *Community Discrimination Law: No Right to Equal Treatment in Employment in Respect of Same Sex Partner*, in *European Law Review*, 1998, p. 378 ss.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Conte L., *"Impara una quantità di cose dai dotti": la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello "specchio" della dottrina*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), Milano, 2012, pp. 117 ss.

Conte R., *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Corriere giuridico*, 2011, p. 573 ss.

Cordiano A., *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Familia*, 2004, n. 1, p. 125.

Corpart I., *Quelle place pour l'expertise judiciaire dans les demandes de changement de sexe pour transsexualisme ?*, en *Revue juridique personnes et famille*, Paris, 2012, n. 7-8.

Corti I., *Mutamento di sesso e divorzio del transessuale: problemi di ieri e di oggi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, pp. 2083 ss.

Costanzo A., *L'osservatorio di merito*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, p. 72.

Costanzo A., *Ancora su rettificazione di attribuzione di sesso di persona coniugata e divorzio «imposto» (mentre entra in vigore l'art. 31, D.lgs. 1.9.2011, n. 150)*, in *Famiglia, persone, successioni*, 2011, p. 792.

Cot J.P., *Margin of Appreciation*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (ed.), Oxford, 2012, p. 1012 ss.

Cozzi A.O., *Art. 12 – Diritto al matrimonio*, in *Commentario breve alla Cedu*, S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), Padova, 2012, p. 450 ss.

Crivelli E., *I transessuali e il diritto europeo*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, M. Cartabia (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 331 ss.

Crivelli E., *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 1238 ss.

D

D'Aloia A., *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, in *La "società naturale" e i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Aa. Vv. (a cura di), Torino, 2010, pp. 101 ss.

D'Aloia A., *Il "divorzio obbligato" del transessuale. Ancora un "incerto del mestiere di vivere" davanti alla Corte costituzionale*, in *www.confronticostituzionali.eu*, 23 luglio 2013.

D'Orlando E., *La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2006-2007*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, n. 5, p. 4137.

De Boysson B., *Rester marié ou changer de sexe ; il faut choisir !*, en *AJ famille*, 2012, n. 6, p. 349.

Del Prato E., *Patti di convivenza,* in *Familia,* 2002, n. 4, p. 959.

Dembour M.B., *Why Should Biological Sex be decisive? Transsexualism before the European Court of Human Rights*, in *Changing Sex and Bending Gender*, A. Shaw, S. Ardener (eds.), Oxford-New York, Berghahn Books, pp. 39-59.

Di Bari M., *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte costituzionale: una breve riflessione,* in *www.forumcostituzionale*, 2010.

Di Bari M., *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di cassazione*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 1.

Di Francesco A., *Considerazioni sul valore costituzionale del matrimonio tra uomo e donna,* in *www.filodiritto.it*.

Di Gangi M.C., *Brevi osservazioni comparatistiche sulla evoluzione giuridica in tema di transessualità*, in *www.diritto.it*.

Dogliotti M., *Transessualismo (Profili giuridici)*, in *Novissimo digesto*, Appendice, Torino, 1987, VII, p. 786.

Duggan L., *The Twilight of Equality: Neoliberalism, Cultural Politics and the Attack on Democracy*, Boston, Beacon Press, 2003.

E

Esposito C., *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 555 ss.

Eydal G., Ólafsson S., *Family Policy in Iceland: An Overview*, in *Family Policies in the Context of Family Change. The Nordic Countries in Comparative Perspective*, I. Ostner, C. Schmitt (eds.), Springer, 2008, pp. 109 ss.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

F Falletti E., *Diversità e identità di sesso nel matrimonio della persona transessuale nella prospettiva comparatistica italo-spagnola*, in E.C. Raffiotta, A.P. Miras, G.M.T. Lozano (a cura di), *Challenges of Individual Rights in the XXI Century: Family and Religion*, Madrid, Thomson Reuters, 2013, p. 177 ss.

Ferrando G., *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. Cicu, F. Messineo (diretto da), continuato da L. Mengoni, 2002, V, t. 1, p. 76.

Ferrando G., *La "via legislativa" al matrimonio same-sex*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, 2011, pp. 31 ss.

Ferraro L., *Transessualismo e costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *Federalismi.it*., 2013

Ferri L., *Il diritto di famiglia e la costituzione della Repubblica italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, pp. 112 ss.

Finocchiaro F., *Matrimonio (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, Milano, Giuffrè, 1975, p. 811

Finocchiaro M., *'Ei fu' (qualche osservazione sugli interventi chirurgici cosiddetti demolitori degli organi genitali esterni)*, in *Giustizia civile*, 1980, p. 1513.

Finocchiaro M., *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Guida al diritto*, 2012, n. 14.

Finocchiaro M., *I transessuali di nuovo di fronte alla Corte Costituzionale*, in *Giustizia civile*, 1983, p. 3247.

Fontaine P., *New Bill to Further Ensure Transgender Rights*, in *Reykjavík Grapevine*, 14 maggio 2012.

Franke K.M., *The Politics of Same-sex Marriage Politics*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2006, n. 1, pp. 236-248.

G Galbiati R., «Transessualismo» e rettifica dell'atto di nascita, in *Giurisprudenza italiana*, 1980, n. 2, pp. 1865 ss.

Gattuso M., *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Famiglia e diritto*, 2010, pp. 656 ss.

Gattuso M., *Cassazione: viola la Costituzione imporre il divorzio per il cambio di sesso*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2012.

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

Gemma G., *Costituzionalismo liberaldemocratico e dignità imposta*, in *Ragion pratica*, 2012, n. 38, pp. 129 ss.

Genova G., *Anche il coniuge dello stesso sesso del cittadino comunitario ha diritto di stabilirsi in Italia ai sensi del T.U. sulla circolazione e sul soggiorno dei cittadini dell'U.E.*, in *www.articolo29.it*, 2013.

Granet-Lambrechts F., *Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les États membres de la CIEC*, en *Droit de la famille*, 1998, chronique p. 16.

Grossi P., *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, pp. 585 ss.

Grünberger M., *Anmerkung*, in *Juristen Zeitung*, 2006, pp. 517 ss.

Guastini R., *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, pp. 775 ss.

Guiguet B., *Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe*, in *Cahiers de droit européen*, 1999, p. 537 ss.

K Knott G.A., *Transsexual law uncostitutional: German federal law constitutional court demands reformation of law because of fundamental rights conflict*, in *Saint Louis University Law Journal*, 2009-2010, vol. 54, pp. 997 ss.

I Ivaldi P., *La posizione della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo nel sistema interno di tutela dei diritti*, in *Diritto di famiglia e Unione europea*, S.M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), Torino, 2008, p. 83 ss.

GenIUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

L L'Heureux-Dubé C., *The importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in *Tulsa Law Journal*, 1998, vol. 34.

La Torre M.E., *La rettificazione di attribuzione di sesso. Il dato normativo e i problemi ermeneutici*, in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, vol. I, t. II, *Trattato di diritto di famiglia*, P. Zatti (diretto da), Milano, Giuffrè, 2011, p. 1583 ss.

La Torre M., *Transessualismo, Omosessualità e Matrimonio*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013.

Lalli C., *Buoni genitori*, Milano, 2009.

Laneve G., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2011.

Letsas G., *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, p. 705 ss.

Lipari N., *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, pp. 715 ss.

Lorello L., *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 2.

Lorenzetti A., *Modifica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico: lo* stop and go *della giurisprudenza*, in *www.articolo29.it*, 27 settembre 2013.

Lorenzetti A., *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2013.

Luciani M., *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Diritto e società*, 2009, pp. 1 ss.

M Macdonald R.S.T.J., *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, p. 95 ss.

Magi L., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 396 ss.

Mancini T., *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, pp. 220 ss.

Manetti M., *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, 2010.

Manetti M., *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, in *La "società naturale" e i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Aa. Vv. (a cura di), Torino, 2010, pp. 231 ss.

Mannella F., *I "diritti" delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

Marchiori, Coco N., *Il transessuale e la norma*, Roma, Edizioni Kappa, 1992.

Massa Pinto I., Tripodina C., *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138/2010*, in *Diritto pubblico*, 2010, pp. 471 ss.

Massa Pinto I, *"Fiat matrimonio!" L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'Uomo e Corte di cassazione*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 2.

Mastromartino F., *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

Mauger-Vielpeau L., *Le transsexualisme et le Code civil*, en *Droit de la famille*, 2005, n° 28, p. 13.

McCrudden C., *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversation on Constitutional Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, n. 4.

Mcinnes J., *Case C-249/96, Lisa Jacqueline Grant v. South West Trains Ltd, Judgment of the Full Court of 17 February 1998*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 1017 ss.

Morozzo Della Rocca P., *Recenti orientamenti di diritto europeo in materia di discriminazione dei transessuali*, in *Europa e diritto privato*, 2004, p. 989.

Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001.

Mosconi F., *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 305 ss.

Mosconi F., Campiglio C., *Il riconoscimento del matrimonio omosessuale alla luce di recenti pronunce*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2012, p. 15 ss.

GenIUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

N Nascimbene B., *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali, orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 101 ss.

Nascimbene B., *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, 2011.

Nì Mhuirthile T., Ryan F., *Legal Recognition of Gender Bill 2013*, in *www.humarights.ie*.

O Oldham M., *Family Law 2013-2014*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 487.

Ott S., *Die Begriffe "Ehe und Familie" in Art. 6I GG*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, pp. 117 ss.

P Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003

Palazzani L., *Identità di genere come problema biogiuridico*, in *Iustitia*, 2011, pp. 157 ss.

Pallaro P., *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, p. 609 ss.

Palmeri G., *I diritti emergenti della persona*, in Atti del Convegno "Il codice civile ha 70 anni ma non li dimostra", Roma, 7-9 marzo 2013, in corso di pubblicazione.

Palmeri G., *La famiglia omosessuale: linee di tendenza e prospettive*, in *Le relazioni affettive di fatto*, F. Romeo (a cura di), Utet, in corso di pubblicazione.

Palmeri G., Venuti M.C., *Il transessualismo tra autonomia private ed indisponibilità del corpo*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, p. 1331.

Paricard S., *Le transsexualisme, à quand la loi ?*, en *Droit de la famille*, 2005, étude n° 18, p. 14.

Patti S., *La giurisprudenza italiana e …l'Europa*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1981, pp. 1224 ss.

Patti S., *Identità sessuale e tutela della persona umana*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1986, pp. 349 ss.

Patti S., *Verità e stato giuridico della persona,* in *Rivista di diritto civile,* 1988, I, pp. 245 ss.

Patti S., *Transessualismo*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civile, vol. XIX, Torino, Utet, 1999, pp. 416 ss.

Patti S., *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2012, p. 163.

Pauly W., *Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, pp. 1955 ss.

Pedrazza Gorlero M., Franco L., *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Diritto pubblico*, 2010, pp. 247 ss.

Perlingeri P., *Sui rapporti personali nella famiglia,* in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1979, pp. 1253 ss.

Pezzini B., *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna diritto civile*, 1984, p. 461.

Pezzini B., *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Aa. Vv. (a cura di), Torino, Giappichelli, 2010.

Pezzini B., *Il matrimonio* same-sex *si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 799.

Pezzini B., *La sentenza 138/2010 parla (anche ai giudici*), in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive?*, B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, Jovene, 2011.

Pezzini B., *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenza della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *www.forumcostituzionale.it*, 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*, Napoli, Jovene, 2013, vol. II, p. 733.

Pezzini B., *La struttura di genere della famiglia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, in Ead. (a cura di), Bergamo, Bergamo University Press, 2012.

Pezzini B., *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere*, in *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, in Ead. (a cura di), II, Bergamo, Bergamo University Press, 2012, pp. 165 ss.

Pezzini B., *Frontiere del corpo e limiti del diritto*, *paper* presentato al convegno "Migrazioni. Sessualità e generi in movimento", Bergamo, 5-6 novembre 2012, in corso di pubblicazione.

GenIUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

Piepoli G., *Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, pp. 1433 ss.

Pinelli C., *"Valutazione sistematica" versus "valutazione parcellizzata": un paragone con la Corte di Strasburgo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, pp. 4228 ss.

Pitea C., Tomasi L., *Art. 8 – Diritto alla vita privata e famigliare*, in *Commentario breve alla Cedu*, S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), Padova, 2012, p. 297 ss.

Pizzorusso A., *Sistemi Giuridici Comparati*, Milano, Giuffrè, 1995.

Pocar V., Ronfani P., *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007

Probert R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 77 ss.

Prodhomme-Delecourt F., Desnoyer C., *Les qualités et les conditions requises pour contracter un mariage*, en *Lamy droit des personnes et de la famille*, coll. Lamy droit civil, 2010, n° 307-15.

Pugiotto A., *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2008, p. 14.

Pugiotto A., *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2 luglio 2010.

Q

Quadri E., *Rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1990, p. 531 ss.

Quadri E., *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, vol. VI, Torino, Utet, 1990, pp. 508 ss.

R

Ragni C., *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf* , in *Diritti umani diritto internazionale*, 2010, p. 639 ss.

Renda A., *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013.

Repetto G., «Non perdere il proprio mondo». Argomenti dei giudici e matrimonio «same-sex», tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, pp. 525 ss.

Repetto G., *I diritti all'identità sessuale e il ruolo della morale pubblica*, in *Diritti fondamentali europei*, A. Vespaziani (a cura di), Torino, Giappichelli, 2009, pp. 91 ss.

Resta G., *La dignità*, in *Trattato di Biodiritto. Ambiti e Fonti del Biodiritto*, S. Rodotà et al. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2010, pp. 259 ss.

Ridola P., *La dignità dell'uomo e il principio "libertà" nella cultura costituzionale europea*, in *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Id., Torino, Giappichelli, 2010, pp. 77 ss.

Roa E., *Diálogo institucional y matrimonio igualitario*, in *www.ambitojuridico.com*.

Robson R., *Sappho Goes to Law School*, New York, Columbia University Press, 1998.

Rodotà S., *Sesso, diritto all'identità sessuale, transessualismo. Una prospettiva*, in *Tecnologie e diritti*, Id., Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 225 ss.

Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012.

Romboli R., *La "relatività" dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Politica del diritto*, 1991, pp. 565 ss.

Romboli R., *Il diritto "consentito" al matrimonio e il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 1629 ss.

Romboli R., *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Unioni e matrimoni* same-sex *dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, Jovene, 2011, p. 3.

Romboli R., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei "dicta" della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'Uomo, nell'interpretazione della Corte di cassazione*, in *Il Foro italiano*, 2012, pp. 2756 ss.

Rossolillo G., *Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 363 ss.

Rubellin-Devichi J., *Transsexualisme*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1989, pp. 734 et 735.

GenIUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

Ruggeri A., *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte costituzionale n. 138/2010?*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4.

Ruggeri A., *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo la Corte cost. n. 138/2010?*, in *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, G. Vidal Marcìlio Pompeu, F. Facury Scaff (org.), Florianopolis/SC, Conceito Editorial, 2012, p. 127 ss.

Ruggeri A., *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, in *www.giurcost.org*, 18 dicembre 2013.

Ruggeri A., *"Strane" idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa "La famiglia davanti ai suoi giudici", Catania, 7-8 giugno 2013, in *www.gruppodipisa.it*, 2013

Ryan F., *The General Scheme of the Gender Recognition Bill 2013: Notes for Opening Statement Before the Joint Oireachtas Committee on Education and Social Protection*, 22 ottobre 2013, in *SSRN*, id-2397694, p. 5.

S

Sabatello M., *Advancing Transgender Family Rights through Science: A Proposal for an Alternative Framework*, in *Human Rights Quarterly*, 2011, n. 1, pp. 43-75.

Sacco R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1991, n. 1.

Sacksofsky U., *Das Märchen vom Untergang der Familie*, in *Merkur*, 2014, pp. 143 ss.

Saitto F., *La giurisprudenza tedesca in materia di* eingetragene Lebenspartnerschaft *tra garanzie d'istituto* e Abstandsgebot. *Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011.

Saitto F., *«Particolare tutela» del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Ianus*, n. 4, pp. 109-137.

Sandland R., *Crossing or Not Crossing: Gender, Sexuality and Melancholy in the European Court of Human Rights*, in *Feminist Legal Studies*, 2003, n. 2, pp. 191-209.

Santosuosso F., *Il divorzio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, tomo II, 1996, p. 320.

Scaccia G., *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 3953 ss.

Scaccia G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000

Scalisi A., *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 202, pp. 708 ss.

Scherpe J.M., *Changing One's Legal Gender in Europe – The "W" Case in Comparative Perspective*, in *Hong Kong Law Journal*, 2011-2012, p. 109.

Schlesinger P., *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 415 ss.

Schmidt am Busch B., *Intersexualität und staatliche Schutzpflichten bei geschlechtszuweisenden Operationen*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 2012, pp. 441 ss.

Schuster A., *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *www.forumcostituzionale.it,* 2012.

Schuster A., *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, n. 3, p. 259.

Sharpe A., *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, London-New York, Cavendish Publishing, 2002.

Spadaro A., *Matrimoni "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinaria e dalla Corte,* re melius perpensa *– o serve una legge di revisione costituzionale?*, in *www.forumcostituzionale*, 2013.

Spade D., *Trans Law Reform Strategies, Co-optation, and the Potential for Transformative Change*, in *Women's Rights Law Review*, 2009, n. 30, pp. 288-314.

Sperti A., *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013.

Stanzione P., *Transessualità,* in *Enciclopedia del diritto,* XLIV, Milano, Giuffré, 1992, p. 875 ss.

GenIUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

Stanzione P., *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge 164/82*, *Diritto di famiglia*, 2009, n. 2, p. 713.

Steinke R., *Gerichte schauen nicht mehr auf Genitalien. Anmerkungen zur achten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Transsexualität*, in *Kritische Justiz*, 2011, pp. 313 ss.

Stüber S., *Anmerkung*, in *Juristen Zeitung*, 2009, pp. 49 ss.

T

Talini S., *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*, 2013.

Tomasi L., *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 977 ss.

Tomasi L., *La tutela degli status familiari*, Padova, 2007.

Toner H., *Immigration Rights of same-sex couples in EC Law*, in *Legal Recognition of same-sex couples in Europe*, K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), Antwerp, Oxford, New York, 2003, p.178 ss.

Torino R. (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, RomaTre-Press, 2013.

Torino R., *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, Giappichelli, 2012.

Troilo S., *La nozione di famiglia tra regole costituzionali e status personali*, in *www.gruppodipisa.it*, 7-8 giugno 2013.

Trucco L., *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, pp. 371 ss.

V

Vari F., *Unità nella diversità: famiglia, unioni more uxorio e altre forme di convivenza tra principi costituzionali, suggestioni comparatistiche e diritto comunitario*, in *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello, tra Europa e Stati nazionali*, A. D'Atena, P. Grossi (a cura di), Milano, 2004, p. 209 ss.

Vari F., *Famiglia*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, vol. 6, Milano, Il Sole 24 Ore, 2007, pp. 304 ss.

Vecchi P.M., voce *Transessualismo*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXI, Roma, Utet, 1994, p. 10.

Vecchi P.M., *Transessualismo e discriminazioni*, in *Familia*, 2001, p. 343.

Veronesi P., *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, pp. 997 ss.

Veronesi P., *La dimensione costituzionale della persona*, in *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, A. Pugiotto (a cura di), Napoli, 2013.

Verschraegen B., *The Right to Private Life and Family Life, the Right to Marry and to Found a Family, and the Prohibition of Discrimination*, in *Legal Recognition of same-sex couples in Europe*, K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), Antwerp, Oxford, New York, 2003, p. 194 ss.

W

Waldron J., *The Extraterritorial Constitution and the Interpretative Relevance of International Law*, in *Harvard Law Review*, 2008, n. 7.

Ward P., *Family, Matrimonial Property and Succession Law*, in *International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International, 2006.

Ward P., *Ancilllary Reliefs on Divorce: The Emerging Jurisprudence of the Superior Courts*, in *International Survey of Family Law*, 2006, pp. 245 ss.

Weiler J.H.H., *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights*, in *The European Union and Human Rights*, N.A. Neuwahl e A. Rosas (eds.), L'Aja, 1995, p. 51 ss.

Wielpütz S., *Die neue große Lösung ist vor allem eins: klein. Die Reform des TSG durch das BVerfG*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2011, pp. 474 ss.

Winkler M., *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, p. 571 ss.

Z

Zagrebelsky G., Marcenò V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, spec. pp. 387 ss. e pp. 399 ss.

GenIUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

Decisioni

Corte di cassazione, prima sezione civile, ordinanza del 6 giugno 2013 n. 14329

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE PRIMA CIVILE Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati: Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella – Presidente Dott. CULTRERA Maria Rosaria – Consigliere, Dott. CAMPANILE Pietro – Consigliere, Dott. ACIERNO Maria – rel. Consigliere, Dott. LAMORGESE Antonio – Consigliere –
ha pronunciato la seguente:
ORDINANZA INTERLOCUTORIA
sul ricorso 21376/2011 proposto da:
B.A. (c.f. (OMISSIS)), T.A. (c.f. (OMISSIS)), elettivamente domiciliate in ROMA, VIALE MAZZINI 114/B, presso l'avvocato DI MATTEI ROBERTO (STUDIO ASSOCIATO COLETTA), che le rappresenta e difende unitamente agli avvocati FRANCESCO BILOTTA, ANNA MARIA TONIONI, giusta procura in calce al ricorso;
– ricorrenti – contro MINISTERO DELL'INTERNO, in persona del Ministro pro tempore, domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende ope legis;
– controricorrente – contro PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA, COMUNE DI FINALE EMILIA, PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE;
– intimati – avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA depositato il 18/05/2011; n. 859/10 R.G.V.G.;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 12/02/2013 dal Consigliere Dott. MARIA ACIERNO; udito, per i ricorrenti, gli Avvocati ANNA MARIA TONIONI e FRANCESCO BILOTTA che hanno chiesto l'accoglimento del ricorso; udito, per il controricorrente, l'Avvocato dello Stato ATTILIO BARBIERI che ha chiesto il rigetto del ricorso; udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. FUCCI Costantino, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso per quanto di ragione.

Svolgimento del processo

Be.Al., unito in matrimonio con T.A., ha proposto domanda di rettificazione di sesso ed attribuzione del sesso femminile al Tribunale di Bologna. Il coniuge è stato regolarmente citato in giudizio. Il P.M. vi ha partecipato ai sensi *dell'art. 70 c.p.c.*. Con sentenza n. 23 del 2009, passata in giudicato, il Tribunale ha disposto la rettificazione di sesso con attribuzione di sesso femminile e modifica del prenome della parte ricorrente in A.. Nella pronuncia si è ordinato all'ufficiale di stato civile del Comune di Mirandola di provvedere alla rettifica dell'atto di nascita relativo ad Be.

A. in conformità alla sentenza pronunciata, L n. 164 del 1982, ex art. 2.

In data 16/10/2009 la sentenza del Tribunale di Bologna è stata annotata a margine dell'atto di matrimonio, trascritta nel Registro degli atti dello stato civile di Finale Emilia e nel Registro degli atti di matrimonio del Comune di Bologna. L'annotazione eseguita è la seguente:

"con sentenza n. 23/2009 del Tribunale di Bologna l'atto di nascita di Be.Al., in data (OMISSIS) è stato rettificato in modo che là dove è scritto maschile ad indicare il sesso del nato debba leggersi ed intendersi femminile e là dove è scritto Al. ad indicare il nome debba leggersi A., pertanto Be.Al. coniuge di T.A. ha assunto il nuovo prenome B.A., come da annotazione apposta all'atto di nascita n. 280, Parte I, Serie A, Anno 1971 del Comune di Mirandola". Oltre a tale annotazione in data 18/11/2010 è stata aggiunta la seguente formula:

"la sentenza sopra menzionata ha prodotto ai sensi della *L. n. 164 del 1982*, art. *4*, la cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui all'atto controscritto a far data dal (OMISSIS), così come previsto al paragrafo 11.5. del nuovo massimario dello stato civile".

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

In precedenza, in data 19/3/2010 il Comune di Finale Emilia aveva comunicato la variazione anagrafica per cessazione degli effetti civili di matrimonio agli uffici dell'Anagrafe del Comune di Mirandola e di Bologna ai fini delle annotazioni e variazioni anagrafiche di competenza. A seguito di tale comunicazione il Comune di Bologna ha apposto l'annotazione da ultimo descritta a margine dell'atto di nascita di T.A. e degli atti di matrimonio.

Hanno proposto ricorso presso il Tribunale di Modena B.A. e T.A. ai sensi del *D.P.R. n. 396 del 2000,* art. *95*, chiedendo la rettificazione delle predette annotazioni e la loro cancellazione, in quanto apposte in assenza dei requisiti di legge.

Il Ministero dell'Interno si è costituito chiedendo il rigetto del ricorso ed il Tribunale di Modena, in accoglimento della domanda, ha dichiarato illegittima l'annotazione in oggetto e ne ha disposto la cancellazione, perchè eseguita in assenza delle condizioni previste dal citato *D.P.R. n. 396 del 2000,* art. *102*, affermando in particolare che l'annotazione di scioglimento del matrimonio per l'avvenuta rettificazione di attribuzione di sesso può eseguirsi solo in ragione di una sentenza dell'autorità giudiziaria che dichiari la cessazione del vincolo coniugale.

Avverso tale provvedimento ha proposto reclamo il Ministero dell'Interno; si sono costituite le ricorrenti in primo grado. Il P.M. ha aderito al reclamo. La Corte d'Appello di Bologna lo ha accolto sulla base delle seguenti argomentazioni:

– l'annotazione non è stata disposta fuori dei casi consentiti, trattandosi di un doveroso aggiornamento cui è tenuto l'ufficiale dello stato civile, dal momento che nel sistema unico integrato non possono darsi atti relativi alla stessa persona che non si corrispondano. Peraltro, in mancanza dell'annotazione contestata sarebbe Al. (declinato al maschile) e non A. a essere ancora coniugato;

– i cambiamenti di nome e di sesso vanno annotati anche nel registro degli atti di matrimonio (*D.P.R. n. 396 del 2000,* art. *69*). La successiva annotazione del 18/11/2010 costituisce la mera riproduzione della lettera della norma che qualifica la rettificazione di sesso una causa di scioglimento automatico del matrimonio;

– la *L. n. 164 del 1982,* art. *4*, non è stato abrogato dalla modificazione della *L. n. 898 del 1970,* art. *3*, intervenuta ex *L. n. 74 del 1987*, essendo già contenuto nel citato art. 4, il rinvio alla *L. n. 898 del 1970*, per la disciplina dello scioglimento del matrimonio, ragione per cui le modifiche successive ne costituiscono una precisazione non incompatibile con il sistema preesistente;

– del tutto incompatibile è invece l'interpretazione proposta dalle resistenti, perchè consentire il permanere del vincolo matrimoniale, rettificato che sia il sesso di uno dei coniugi, significa mantenere in vita un rapporto privo del suo indispensabile presupposto di legittimità, la diversità sessuale dei coniugi, dovendosi ritenere tutta la disciplina normativa dell'istituto rivolta ad affermare tale requisito. L'interpretazione prospettata dalle resistenti della modifica introdotta con la *L. n. 74 del 1987*, alla *L. n. 898 del 1970,* art. *3*, sarebbe del tutto contrastante con i principi di ordine pubblico che regolano la materia, dal momento che non possono darsi rapporti in contrasto con la disciplina positiva che li regola, trattandosi di un settore, come quello che concerne lo stato delle persone, di pubblico interesse.

Avverso tale provvedimento hanno proposto ricorso per cassazione B.A. ed T.A.. Ha resistito con controricorso il Ministero dell'Interno.

Nelle articolate censure proposte dalle ricorrenti si deduce, tra l'altro ed in particolare, che la affermazione implicita, contenuta nel provvedimento impugnato, che non sarebbe necessaria una dichiarazione giudiziale di scioglimento del vincolo quando sia stata pronunciata la rettificazione di sesso viola il principio secondo il quale tale scioglimento deve necessariamente formare oggetto di una pronuncia del giudice. Si osserva al riguardo che siffatto principio non solo è chiaramente recepito nella *L. n. 898 del 1970*, che non contempla ipotesi di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio che non siano pronunciate dall'autorità giudiziaria, analogamente a quanto è disposto per le cause di invalidità del matrimonio di qualsiasi natura, ma deve essere ritenuto un principio inderogabile di ordine pubblico interno. Si rileva altresì che l'annotazione dell'ufficiale dello stato civile di cessazione degli effetti civili del matrimonio a seguito della sentenza di rettifica di sesso non può ritenersi legittimata solo perchè recepisce una astratta previsione normativa, trovando applicazione il principio di tassatività degli atti amministrativi desumibile *dall'art. 453 c.c.*, *D.P.R. n. 396 del 2000,* art. *11, comma 3*, art. *12, comma 1*, artt. *69* e *102*.

Sotto altro profilo si censura il decreto impugnato per aver ritenuto che lo scioglimento del vincolo derivante dalla rettifica di sesso non deve essere dichiarato mediante il procedimento giudiziale di cui alla *L. n. 898 del 1970*. Si osserva al riguardo che la modifica dell'art. 3 di detta legge introdotta dalla novella di cui alla *L. n. 74 del 1987*, non ha determinato alcun mutamento nel regime giuridico preesistente, avendo indicato soltanto l'iter processuale per il conseguimento degli effetti dello scioglimento medesimo, e che d' altro canto, ancor prima dell'innesto del citato art. 3, lett. g), la *L. n. 164 del 1982,* art. *4*, rinviava alla *L. n. 898 del 1970*.

Sotto ulteriore profilo si rileva che l'affermazione della decisione impugnata secondo cui il permanere del vincolo tra coniugi divenuti dello stesso sesso sino a che non intervenga una pronuncia giudiziale di cessazione degli effetti civili del matrimonio sarebbe contrario ai principi di ordine pubblico che

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

regolano l'istituto, ed in particolare a quello che fonda il matrimonio sulla diversità di sesso, finisce con l'equiparare ingiustificatamente la situazione di due persone dello stesso sesso che intendono contrarre matrimonio a quella di due soggetti regolarmente coniugati, uno dei quali decida di mutare sesso. Si evidenzia al riguardo che la diversità tra orientamento sessuale ed identità di genere è stata riconosciuta di recente anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010, come già in passato in quella n. 161 del 1985, identificandosi il transessuale in un soggetto che, pur presentando i caratteri genetici e fenotipici di un determinato genere, sente di appartenere ad un altro genere del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti. Si osserva altresì che nell'ipotesi di pregresso matrimonio contratto da soggetto transessuale esiste un rapporto coniugale verso la stabilità del quale si appunta un generale favor dell'ordinamento e che il mancato riconoscimento del diritto di sposarsi non può essere equiparato alla soppressione di uno status già acquisito, essendo in tale ipotesi i coniugi già titolari di quel complesso di diritti e doveri che l'ordinamento riserva loro appunto in ragione di tale status. Si aggiunge che nell'ipotesi di scioglimento automatico il coniuge che non ha rettificato il proprio sesso non ha la possibilità di esprimere alcuna opzione all'interno di una sfera giuridica tendenzialmente caratterizzata dalla non ingerenza dell'autorità statale ed è privato di un diritto fondamentale già acquisito.

Sono infine prospettate in via subordinata due eccezioni d'illegittimità costituzionale della *L. n. 164 del 1982,* art. *4*:

– la prima con riferimento agli *artt. 3, 24, 111 e 117 Cost.*, in relazione agli artt. 6 e 14 della CEDU e artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nella parte in cui la norma non prevede che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio debbano essere pronunciati anche nella ipotesi in esame da sentenza dell'autorità giudiziaria, violando così sia gli *artt. 24 e 111 Cost.*, sotto il profilo della negazione del diritto di difesa e del giusto processo, sia *l'art. 3 Cost.*, e art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sotto il profilo della ingiustificata discriminazione dei coniugi divenuti dello stesso sesso rispetto alle altre tipologie di relazioni coniugali, sia il principio di ragionevolezza, non ravvisandosi alcuna ragione logica nel ritenere che solo la persona transessuale e il suo coniuge debbano subire una risoluzione forzosa del vincolo coniugale, laddove per tutte le altre ipotesi è richiesto l'accertamento giudiziario;

– la seconda con riferimento agli *artt. 2 e 29 Cost.*, e artt. 8 e 12 della CEDU, nonchè artt. 7, 9, 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nella parte in cui il predetto art. 4 non prevede che lo scioglimento debba essere dichiarato su istanza di uno dei coniugi dall'autorità giudiziaria, così sottraendo agli stessi coniugi il diritto di autodeterminazione sia come singoli che nella formazione sociale costituita dalla loro famiglia legittimamente fondata su un matrimonio validamente contratto, nonchè integrando una lesione del principio di uguaglianza, in quanto l'ipotesi dello scioglimento del vincolo per rettificazione di sesso costituirebbe l'unica situazione in cui i coniugi sarebbero privati della tutela giudiziale, dovendo subire una risoluzione forzosa del vincolo coniugale solo per la condizione di transessualismo di uno di loro (con conseguente violazione anche del principio di ragionevolezza). Le questioni prospettate a giudizio delle ricorrenti sono rilevanti perchè la necessità o meno dell'accertamento giudiziale della causa di scioglimento del vincolo costituisce il presupposto per la valutazione di legittimità o illegittimità dell'annotazione contestata.

Motivi della decisione

1. All'attenzione di questa Corte viene posta per la prima volta la questione, pure non sfuggita all'attenzione della dottrina fin dall'entrata in vigore della *L. n. 164 del 1982*, degli effetti della pronuncia di rettificazione di sesso su un matrimonio preesistente, regolarmente contratto dal soggetto che ha inteso esercitare il diritto a cambiare identità di genere in corso di vincolo, nell'ipotesi in cui nè il medesimo soggetto nè il coniuge abbiano intenzione di sciogliere il rapporto coniugale.

L'esigenza di definire esattamente il thema decidendum è dettata dalla natura del giudizio introdotto dalle ricorrenti ai sensi del *D.P.R. n. 396 del 2000,* art. *95*. Come evidenziato nella premessa in fatto, la controversia trae origine dall'intervenuta annotazione sui registri degli atti dello stato civile e degli atti di matrimonio, oltre che della doverosa rettificazione del sesso con riferimento ad B.A., anche della "cessazione degli effetti civili" del matrimonio contratto dalle ricorrenti, pur in mancanza di una pronuncia giudiziale espressa sul punto. La domanda rivolta al Tribunale ha avuto come oggetto immediato la rettificazione dell'annotazione nella parte relativa alla cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto dalle ricorrenti, in quanto non preceduta da un accertamento giudiziale.

Ritiene, tuttavia, questa Corte che non possa essere accertato il corretto esercizio della funzione amministrativa svolta dall'ufficiale dello stato civile, peraltro in ossequio ad espresse direttive del Ministero dell'Interno, se non si chiarisce preventivamente quale sia l'efficacia della rettificazione del sesso di uno dei coniugi su di un precedente matrimonio regolarmente celebrato.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

2. Una rapida disamina della normativa relativa agli atti dello stato civile evidenzia la natura meramente derivata, da una norma di legge o da un provvedimento giudiziale, dell'esercizio di tale potere amministrativo, a contenuto dichiarativo/esecutivo. In particolare, il *D.P.R. n. 396 del 2000,* art. *5, comma 1, lett. a)*, stabilisce che l'ufficiale, nel dare attuazione ai principi generali sul servizio dello stato civile, ha il compito di "aggiornare" tutti gli atti concernenti lo stato civile, essendogli vietato (art. 11, comma 3) di enunciare dichiarazioni ed indicazioni diverse da quelle che sono stabilite o permesse per ciascun atto. Tale precisazione sta ad indicare che sull'atto di nascita o di matrimonio possono essere eseguite soltanto annotazioni relative ed inerenti a quell'atto (come l'eventuale sopravvenuto scioglimento del vincolo del matrimonio), ma non che non si debba aggiornarne il contenuto certatorio quando la condizione preesistente si sia modificata nel rispetto delle prescrizioni di legge. In linea generale, *l'art. 453 c.c.*, e citato *D.P.R. n. 396 del 2000,* art. *102*, stabiliscono che le annotazioni possono essere disposte per legge o ordinate dall'autorità giudiziaria. È necessario "in ogni caso" (art. 102, comma 3) che venga indicato l'atto o il provvedimento in base al quale esse sono eseguite. In tale assetto normativo di riferimento appare evidente che nella specie l'ufficiale di stato civile, sulla base della *L. n. 164 del 1982,* art. *4*, ha provveduto, richiamando l'atto presupposto (la pronuncia di rettificazione di attribuzione di sesso), all'annotazione contestata, assunta come effetto automatico ed ineludibile dell'accertamento giudiziale compiuto. Più precisamente ha ritenuto che l'ordine di annotazione della rettificazione di attribuzione di sesso determinasse l'obbligo, sostenuto dal citato art. 4, di aggiornare anche il registro degli atti di matrimonio relativo alle posizioni delle parti ricorrenti.

Sulla base di questa lettura delle norme che regolano l'esercizio del diritto alla rettificazione del sesso nel nostro ordinamento si giustifica l'esercizio del potere da parte dell'ufficiale dello stato civile anche alla luce del *D.P.R. n. 396 del 2000,* art. *69*. Questa norma, che al comma 1, regola specificamente gli atti di matrimonio, stabilisce alla lett. d), che in essi si fa annotazione delle "sentenze" di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio. Non ritiene questa Corte che dalla enunciazione sopra indicata possa conseguire la radicale carenza di potere dell'ufficiale di stato civile nell'esecuzione dell'annotazione contestata, dovendo la norma indicata essere interpretata in via sistematica, coordinandola con le cause di scioglimento del vincolo e di cessazione degli effetti civili del matrimonio previste dalla *L. n. 898 del 1970*, e, come nella specie, da leggi speciali (*L. n. 164 del 1982*). Nella specie l'ufficiale di stato civile ha quindi adempiuto ad un obbligo proveniente da una norma di legge, peraltro sorto sulla base di un titolo giudiziale che ne costituisce il presupposto. Il *D.P.R. n. 396 del 2000*, rappresenta invero un corpus normativo "servente", volto esclusivamente a disciplinare gli atti e i registri dello stato civile e le funzioni dei pubblici ufficiali competenti.

Così delimitata la finalità regolatrice del citato D.P.R., deve escludersi che possano desumersi dalle singole disposizioni in esso contenute i modelli matrimoniali e familiari esistenti o consentiti nel nostro ordinamento, i quali devono essere correttamente enucleati dal complesso dei principi costituzionali che unitamente alle regole di diritto positivo li disciplinano. Esclusa pertanto la configurazione dell'attività certatoria del pubblico ufficiale come eseguita in condizione di carenza di potere, la valutazione della legittimità dell'esercizio della funzione esercitata con l'annotazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio legittimamente contratto dalle ricorrenti deriva necessariamente dall'esame delle norme che regolano gli effetti della rettificazione di attribuzione di sesso sui vincoli matrimoniali preesistenti.

3. La *L. n. 164 del 1982*, nel disciplinare la materia della rettificazione di attribuzione di sesso prevede(va) espressamente all'art. 4, nella formulazione in vigore fino al 4 ottobre 2011, che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, priva di effetto retroattivo, provochi lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso.

Fino all'entrata in vigore della *L. n. 74 del 1987*, gli effetti della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso su un precedente vincolo matrimoniale erano disciplinati esclusivamente dal citato art. 4. Si riteneva, pressochè unanimemente, che con il passaggio in giudicato di tale sentenza si determinasse in via automatica e senza la necessità di una dichiarazione giudiziale apposita lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio preesistente. L'attenzione degli interpreti, pur non avendo mai trascurato questo peculiare profilo degli effetti della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, era concentrata sul diritto del soggetto al quale era stato riconosciuto il diritto di mutare la propria identità di genere di legarsi e contrarre matrimonio con un partner di sesso diverso da quello scaturito dal percorso di autodeterminazione personale e dalla pronuncia giudiziale. Anche le indicazioni provenienti dalle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo (I. contro Regno Unito ricorso n. 25680/94; Goodwin contro Regno Unito, ricorso n.28957/95; Grant contro Regno Unito ricorso n. 32570/2003) erano tutte rivolte in quegli anni a consentire al soggetto che aveva mutato sesso il pieno godimento del diritto alla vita privata e familiare mediante la possibilità di contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 12 della CEDU, o il godimento di diritti sociali conseguenti al genere mutato (trattamento pensionistico a partire dai 60 invece che 65 anni, derivante dall'attribuzione del genere femminile, caso Grant).

Come significativamente riconosciuto nella sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 1985, con la *L. n. 164 del 1982*, il legislatore italiano ha accolto un concetto di identità sessuale nuovo e diver-

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

so rispetto al passato, "nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita (…), ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale.

Presupposto della normativa impugnata è, dunque, la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio". Il cambiamento d'identità di genere costituisce il completamento di un processo teso verso la coincidenza tra "soma e psiche". L'identificazione cromosomica del sesso non è più un fattore condizionante in modo ineluttabile l'identità di genere, dovendosi riconoscere alla persona umana il riconoscimento del diritto, alle condizioni previste dalle varie leggi che si sono susseguite nei paesi Europei, a rettificare l'attribuzione originaria di sesso, coerentemente con il proprio equilibrio psico fisico.

L'attenzione del legislatore e della Corte Costituzionale, in consonanza con gli orientamenti sopra indicati della CEDU, ancorchè successivi e riferiti a Stati aventi strumenti legislativi diversi o carenti, è stata, in questa prima fase di applicazione delle leggi con le quali è stato riconosciuto il diritto alla rettificazione dell'attribuzione di sesso, prevalentemente rivolta ad includere nel catalogo aperto dell'autodeterminazione anche questo peculiare e spesso sofferto percorso personale e di assicurare, per il futuro, la possibilità di compiere scelte come il matrimonio coerenti con la nuova identità sessuale e di non essere discriminati nella fruizione dei diritti sociali. Vi è stata alla base la diffusa percezione della necessità di una netta soluzione di continuità con il passato del soggetto, in quanto caratterizzato da una condizione di genere non accettata e, partendo da questa premessa, oltre che dalla volontà di non aprire alcun varco alla possibilità di riconoscere matrimoni tra persone dello stesso sesso, si sono introdotte norme, variamente configurate, rivolte alla risoluzione dei rapporti coniugali precedenti. La tecnica normativa, sulla quale si tornerà nel prosieguo, è stata quella di richiedere come condizione per il riconoscimento del diritto alla rettificazione dell'attribuzione di sesso lo scioglimento del vincolo precedente o di far conseguire alla pronuncia giudiziale il medesimo effetto.

Come precisato nella richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 1985, nella *L. n. 164 del 1982*, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio conseguono alla sentenza che abbia disposto la rettificazione di attribuzione di sesso. Deve, pertanto, escludersi che nell'ampio spettro dei diritti e delle libertà riconducibili alla nuova legge, che secondo la stessa Corte Costituzionale si colloca "nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale", sia ricompresa la scelta di conservare il preesistente vincolo matrimoniale, in quanto, proprio per il rilievo costitutivo dell'identità personale attribuito dalla legge (e dalla sentenza n. 161 del 1985) alla rettificazione dell'attribuzione di sesso, dopo la pronuncia giudiziale tale vincolo legherebbe una coppia dello stesso sesso.

Il bilanciamento d'interessi di rango costituzionale operato dal legislatore del 1982 e dalla Corte Costituzionale risulta privo di ambiguità. Da un lato esiste 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.

4. Così delineati i contenuti dell'opzione operata dal legislatore del 1982, deve concludersi per l'operatività ope legis della causa di scioglimento del vincolo, una volta passata in giudicato la pronuncia di rettificazione di attribuzione di sesso. Solo mediante questa interpretazione della norma si perviene al rispetto della ratio legislativa rivolta ad escludere la facoltà di scelta sulla conservazione del vincolo. Attesa l'univocità dell'interpretazione della norma anche alla luce della sentenza della Corte Cost. n. 161 del 1985 ed in linea con le opzioni delle legislazioni Europee sul concreto atteggiarsi del bilanciamento degli interessi in gioco, risulta agevole l'indagine sulla questione, sollevata dalle ricorrenti, relativa alla esclusività di questa lettura della norma anche dopo l'entrata in vigore della *L. n. 74 del 1987*. La *L. n. 898 del 1970,* art. *3*, come modificato dalla *L. n. 74 del 1987,* art. *7*, ha aggiunto alle altre ipotesi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio quella relativa al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso.

Poichè la norma si apre con la locuzione "lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi", secondo la prospettazione delle ricorrenti deve escludersi quanto meno dall'entrata in vigore della *L. n. 74 del 1987*, che detta pronuncia determini ope legis e senza bisogno di una statuizione giudiziale ad hoc lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, tanto più che anche la *L. n. 164 del 1982,* art. *4*, sancisce l'applicabilità delle disposizioni della *L. n. 898 del 1970*, e successive modificazioni. Si osserva inoltre da parte delle stesse ricorrenti, del tutto correttamente, che tutte le altre ipotesi descritte dal citato art. 3 richiedono una pronuncia giudiziale.

Come agevolmente riscontrabile dall'esame della novella e dalla lettura della relazione illustrativa,

GenIUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

con la *L. n. 74 del 1987*, non è stata operata alcuna innovazione rispetto al sistema preesistente in ordine ai modelli familiari, non essendo stata questa la finalità dell'intervento legislativo, nè si è proceduto ad una radicale modifica dei casi di scioglimento del matrimonio. La novella appare finalizzata alla razionalizzazione del sistema preesistente, caratterizzato da un regime giuridico ormai datato relativamente al diritto transitorio e all'instaurazione di un modello processuale più spedito ed efficiente. All'interno di quest'opera di ammodernamento delle norme sostanziali e di innovazione delle forme processuali è stata aggiunta tra le ipotesi di scioglimento del matrimonio quella di cui all'art. 3, comma 4, lett. g), riguardante specificamente il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso. Non può, conseguentemente, farsi discendere da un intervento normativo avente una finalità inequivocamente così circoscritta il risultato di una modificazione, ancorchè in termini numericamente limitati, dei modelli matrimoniali preesistenti, come si verificherebbe accogliendo l'opzione interpretativa indicata dalle parti ricorrenti. L'introduzione della lettera g) costituisce invece la logica conseguenza del riferimento all'applicabilità della *L. n. 898 del 1970*, già contenuta nella *L. n. 164 del 1982,* art. *4*.

Poichè la *L. n. 74 del 1987*, ha radicalmente mutato il modello processuale relativo al procedimento divorzile, è stato ritenuto dal legislatore necessario estendere 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.

Si deve, conseguentemente, ritenere che questa sia l'unica interpretazione logicamente e sistematicamente desumibile dal sistema dei modelli matrimoniali codificato nel nostro ordinamento e dalla complessiva ratio della *L. n. 164 del 1982*, interamente ispirata dall'esigenza di favorire la corrispondenza tra soma e psiche nell'individuazione della identità di genere senza modificare il preesistente regime giuridico dei rapporti coniugali. Pertanto l'inclusione della *L. n. 898 del 1970,* art. *3, lett. g)*, non comporta che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio per effetto della rettificazione di attribuzione di sesso debbano essere inevitabilmente contenuti in una pronuncia giudiziale, in quanto la norma che ha introdotto questa causa solutoria (*L. n. 164 del 1982,* art. *4*) ne ha stabilito l'operatività automatica in conseguenza soltanto del passaggio in giudicato (indicato espressamente nella *L. n. 898 del 1970,* art. *3, comma 4, lett. g)*, ma da ritenersi implicitamente desumibile già dalla formulazione del citato art. 4) della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso.

5. Esclusa, pertanto, la necessità che lo scioglimento del vincolo debba conseguire ad una domanda di parte, occorre tuttavia verificare se l'interpretazione coordinata della *L. n. 164 del 1982,* art. *4*, e della *L. n. 898 del 1970,* art. *3*, non conduca comunque all'inevitabilità di una pronuncia giudiziale, anche in assenza di domanda.

È stata adombrata da qualche interprete ed ha trovato parziale riscontro nella giurisprudenza di merito l'ipotesi di una pronuncia officiosa di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, da adottarsi unitamente alla pronuncia di rettificazione di attribuzione di sesso. Con questa soluzione, si afferma, si salvaguarderebbe l'operatività automatica della causa di scioglimento, ma anche il principio della riserva assoluta di giurisdizione che governa il regime giuridico degli status.

La soluzione presta il fianco a radicali critiche. In primo luogo essa non appare rispettosa della lettura coordinata della *L. n. 164 del 1982,* art. *4*, e della *L. n. 898 del 1970,* art. *3, comma 4, lett. g)*, risultando l'operatività automatica dell'effetto solutorio condizionata al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso e non alla mera pronuncia.

Peraltro, al di là dell'ostacolo formale sopra illustrato, si ravvisa una ragione sostanziale ostativa all'accoglimento di questa opzione interpretativa ben più significativa. Lasciare la declaratoria di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio all'iniziativa officiosa del tribunale determina l'effetto di ancorare l'effetto solutorio esclusivamente alla scelta del tribunale, creando un'ingiustificata disparità di trattamento tra le coppie coniugate che versano in questa peculiare condizione, in quanto lo scioglimento del vincolo si verificherebbe secundum eventum litis, ovvero subordinatamente all'esercizio di tale potere officioso. Si tratta, all'evidenza, di una soluzione irragionevole e discriminatoria del tutto inidonea a fornire una risposta adeguata al rilievo costituzionale degli interessi in gioco.

Nè l'iniziativa giudiziale può essere attribuita al pubblico ministero, al quale deve essere notificato, a pena di nullità, l'atto introduttivo del giudizio di rettificazione di sesso, in quanto tale organo ha il limitato potere d'intervenire, ai sensi degli *artt. 70 e 72 c.p.c.*, ma non di promuovere l'azione relativa allo scioglimento del vincolo. La natura personalissima dei diritti coinvolti in tali giudizi incide, infatti, sulla natura e il contenuto della partecipazione del pubblico ministero, il quale ai sensi della *L. n. 898 del 1970,* art. *5, comma 5*, nel giudizio di divorzio può esclusivamente proporre impugnazione (e non esercitare autonomamente azione) avverso le statuizioni relative agli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci, essendo esclusa qualsiasi sua iniziativa officiosa con riferimento alle specifiche vicende del rapporto coniugale.

Alla medesima conclusione si giunge alla luce dell'attuale disciplina del procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso introdotta dal *D.Lgs. n. 150 del 2011*. L'art. 31, infatti, come l'abrogato art. *2*, della *L. n. 164 del 1982*, prevede la partecipazione del pubblico ministero come mero interveniente, oltre che la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio al coniuge ed ai figli.

GeniUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

Peraltro la norma sembra rafforzare l'effetto solutorio sul vincolo matrimoniale preesistente laddove stabilisce 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 predetto.

In conclusione, come sottolineato dalla prevalente dottrina, la scelta del legislatore, pienamente confermata anche dalla novella introdotta con il *D.Lgs. n. 150 del 2011,* art. *31*, (ratione temporis non applicabile alla fattispecie dedotta nel presente giudizio), 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.

6. Tale soluzione obbligata pone l'interrogativo della sua compatibilita con il sistema costituzionale, integrato dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo come interpretata dalla Corte di Strasburgo (da ritenersi operante come parametro interposto), di riconoscimento e tutela del diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; del diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale; del 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; del diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale. Il quesito che s'impone, sotto i profili considerati, consiste nella valutazione dell'adeguatezza del sacrificio imposto all'esercizio di tali diritti dall'imperatività dello scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi.

Ritiene questa Corte che, limitatamente agli aspetti sopra delineati, vi siano fondati dubbi di legittimità costituzionale in ordine alla soluzione normativa adottata dal legislatore italiano del divorzio "imposto" alla coppia coniugata che sia stata "attraversata" dalla rettificazione di sesso di uno dei suoi componenti.

La rilevanza della questione deriva dalle già svolte considerazioni sul diretto ed esclusivo nesso eziologico esistente tra la qualificazione giuridica degli effetti della pronuncia di rettificazione del sesso sul rapporto coniugale in atto e la soluzione del quesito riguardante il corretto esercizio del potere dell'ufficiale dello stato civile nella annotazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio, in mancanza di una preventiva statuizione giudiziale ad hoc che contenga anche l'ordine di annotazione. Sulla base dell'attuale assetto normativo, in conclusione, il ricorso dovrebbe essere rigettato. Nell'ipotesi contraria la conseguenza sarebbe la cassazione del decreto impugnato.

Risulta, pertanto, evidente l'incidenza del sospetto d'incostituzionalità sotto i profili e nei termini di seguito illustrati.

7. La norma della cui legittimità costituzionale si dubita è, in primo luogo, la *L. n. 164 del 1982,* art. *4*, applicabile ratione temporis ed abrogata dal *D.Lgs. n. 150 del 2011,* art. *36*, nella parte in cui stabilisce che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione di quello celebrato con rito religioso, così introducendo nel nostro ordinamento l'unica ipotesi di divorzio "imposto" ex lege. Peraltro, il *D.Lgs. n. 150 del 2011,* art. *31*, che ha sostanzialmente sostituito il previgente art. 4, contiene la medesima previsione utilizzando il predicato verbale "determina" al posto di "provoca", con effetto rafforzativo dell'operatività automatica dello scioglimento del vincolo come conseguenza della rettificazione di attribuzione di sesso.

In linea generale si ritiene che l'esercizio del diritto individuale al riconoscimento della propria effettiva identità di genere rispetto a quella determinata dal corredo cromosomico produca, alla luce del regime giuridico sopra illustrato, una compressione del tutto sproporzionata dei diritti della persona legati alla sfera relazionale intersoggettiva, mediante un'ingerenza statuale diretta e non altrimenti eliminabile, neanche limitata al soggetto destinatario della pronuncia di rettificazione di attribuzione di sesso, ma estesa anche al coniuge, ancor più ingiustificatamente colpito da tale interferenza.

I parametri costituzionali coinvolti dall'inadeguato bilanciamento d'interessi costituzionalmente rilevanti operato dal legislatore sono molteplici. In primo luogo appare dubbia la compatibilità del c.d.

divorzio "imposto" con gli *artt. 2 e 29 Cost.*, nonchè con i parametri interposti costituiti dagli artt. 8 e 12 della CEDU. Va al riguardo osservato che, pur essendo l'ordinamento italiano tuttora caratterizzato dall'assenza di norme che attribuiscano riconoscimento giuridico alle c.d. famiglie di fatto ed alle coppie formate da persone dello stesso sesso, il rilievo costituzionale di tali unioni, anche con riferimento ai parametri interposti costituiti dalla CEDU, è stato sancito dalla Corte Costituzionale (sent. 138 del 2010) e dalla giurisprudenza di legittimità (sent. n. 4184 del 2012), oltre che dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (sentenza 24 giugno 2010 caso Schalk e Kopf).

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

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

2010; CEDU caso Schalk e Kops);

– l'art. 12, da leggersi anche alla luce dell'art. 8 della Carta dei diritti dell'Unione Europea, tutela anche modelli matrimoniali diversi da quello eterosessuale, lasciando alla legislazione degli Stati e al loro apprezzamento la scelta di estendere o limitare le tipologie di unioni che possono legarsi anche mediante il vincolo matrimoniale vero e proprio (CEDU sentenza 24/6/2010 caso Schalk e Kopf);

– il carattere dell'eterosessualità non costituisce più, di conseguenza, un canone di ordine pubblico nè interno (Corte Cost.

138 del 2010; Cass. 4184 del 2012) nè internazionale (CEDU sentenza Schalk e Kopf);

– le unioni che siano fondate su una stabile e continuativa affectio, ancorchè non riconducibili al modello matrimoniale, ricevono la copertura costituzionale diretta dell'art. 2 (Corte Cost. 138 del 2010), nonchè dell'art. 8 della CEDU (Caso Schalk e Kopf). Tale riconoscimento non si limita alla libertà di vivere la propria condizione di coppia ovvero di non nascondere le scelte riguardanti la sfera emotiva individuale, ma si estende al riconoscimento della situazione oggettiva della stabile convivenza e dei diritti che conseguono alla creazione e al consolidamento di questa formazione sociale costituzionalmente e convenzionalmente garantita.

Nell'endiadi "diritto alla vita privata e familiare", contenuta nell'art. 8 della CEDU, l'attenzione, dopo il consolidamento dei diritti individuali, si è rivolta alle conseguenze relazionali delle scelte personali e private, ovvero alla dimensione "familiare" di tali scelte, nell'accezione che a tale attributo da la giurisprudenza della CEDU, sostanzialmente coincidente con il contenuto delle "formazioni sociali" cui si riferisce *l'art. 2 Cost.*.

In questo quadro profondamente rinnovato e sempre più frequentemente arricchito dalla felice "contaminazione" delle fonti costituzionali Europee, convenzionali ed internazionali, in cui si collocano i diritti delle persone, deve essere valutata la compatibilita costituzionale della *L. n. 164 del 1982*, art. 4, rispetto ai parametri costituiti dagli *artt. 2 e 29 Cost.*, e nella loro qualità di norme interposte ex *art. 10 Cost.*, comma 1, e *art. 117 Cost.*, degli artt. 8 e 12 della CEDU, non omettendo di considerare che la stessa Corte Costituzionale nella pronuncia n. 161 del 1985 ha riconosciuto che questa legge "si colloca nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione".

Al riguardo deve osservarsi che lo scioglimento del vincolo coniugale, disposto ex lege come conseguenza automatica della rettificazione dell'attribuzione di sesso, determina l'eliminazione "chirurgica" di una relazione stabile e continuativa che ha dato vita ad un nucleo familiare, costituzionalmente protetto *dall'art. 29 Cost.*. All'interno dell'affectio coniugalis, consacrata dalla celebrazione del matrimonio, è maturata la scelta di uno dei partners della rettificazione di attribuzione di sesso, verosimilmente, in mancanza dello scioglimento volontario del vincolo, condivisa dall'altro. La univoca previsione normativa esclude, in prospettiva futura, qualsiasi rilievo all'esistenza e alla stabilità di tali tipologie di relazioni, ignorandone il rilievo primario di formazioni sociali costituzionalmente garantite, all'origine, dagli *artt. 2 e 29 Cost.*, in un contesto costituzionale nel quale è ormai largamente condivisa l'esigenza di riconoscere alle unioni di fatto, anche tra persone dello stesso sesso, uno statuto giuridico di diritti ed obblighi che quanto meno "in specifiche situazioni" (così Corte Cost. 138 del 2010) assicuri un trattamento omogeneo a quello delle coppie coniugate, proprio in virtù della copertura costituzionale ad esse attribuita dallo sviluppo degli orientamenti delle Corti, sopra illustrato.

Le scelte appartenenti alla sfera emotiva ed affettiva costituiscono il fondamento dell'autodeterminazione.

Esse, nella nostra cultura giuridica, si esplicano al di fuori di qualsiasi ingerenza statuale. Sul canone indefettibile del consenso è fondato in via esclusiva l'istituto del matrimonio, dalla costituzione del vincolo al suo scioglimento. Si tratta dell'esercizio di un diritto personalissimo, delimitato da condizioni minime di accesso, nel quale si manifesta una tra le più rilevanti scelte della vita. L'opzione normativa del divorzio "imposto" ex lege al soggetto che si è determinato a rettificare il proprio sesso e all'altro coniuge incide sul contenuto minimo ed ineludibile del predetto diritto e mina alla radice lo stesso diritto all'identità di genere che la rettificazione di sesso intende riconoscere, in quanto produce l'esclusione di un'altra dimensione di pari rilievo, quella relazionale, all'interno della quale la scelta operata trova generalmente la sua più rilevante manifestazione.

La questione relativa alla compatibilita costituzionale di un regime giuridico che da un lato riconosce il diritto alla rettificazione dell'attribuzione di sesso e dall'altro determina il mutamento della condizione giuridica relazionale preesistente ha assunto un rilievo primario anche in altri paesi Europei, rendendo necessario l'intervento delle Corti costituzionali e, di recente, della CEDU. Nel 2009, infatti, analogo quesito è stato sottoposto alla Corte Costituzionale tedesca. In questo Stato la legislazione relativa al diritto alla rettificazione dell'attribuzione di sesso (salve altre differenziazioni di regime non rilevanti in questa sede) si fondava sulla preventiva necessità di sciogliere il vincolo matrimoniale preesistente come condizione di ammissibilità dell'azione. In comune con la legislazione italiana vi era dunque la necessità di porre fine al matrimonio preesistente, come "prezzo" da pagare per il riconoscimento del diritto all'effettiva identità di genere. La Corte Costituzionale tedesca (pronuncia BVerfG, 1 BvL 10/051) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma in questione, ritenendo che la richiesta

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

di estinguere il matrimonio sia produttiva di una limitazione sostanziale del diritto al riconoscimento legale della propria identità personale, in quanto impone al richiedente di scegliere tra due diritti ugualmente protetti dalla Costituzione. Ha affermato la Corte tedesca che le caratteristiche essenziali del matrimonio sono l'aspettativa di una durevole comunità di vita e la volontarietà dello scioglimento del vincolo e che su di esse lo Stato non può interferire.

La decisione non incide in alcun modo sul contenuto tradizionale del matrimonio nè determina l'apertura verso l'instaurazione di matrimoni con persone dello stesso sesso, non consentiti dalla legge tedesca. Pur essendo possibile una limitazione dei diritti fondamentali della persona, ove giustificata da un fine legittimo e realizzata con un mezzo proporzionato all'obiettivo, il riconoscimento della possibilità di proseguire il rapporto matrimoniale, nell'ipotesi in cui uno dei coniugi abbia mutato sesso, lascia inalterata l'unione nella sua configurazione tradizionale, mentre la soluzione contraria mina alla radice il diritto all'identità personale del richiedente e il diritto al matrimonio dell'altro coniuge. Con questa pronuncia, peraltro, viene colta la profonda differenza tra le nozioni di "identità di genere" ed "orientamento sessuale" (ampiamente sottolineata anche nella sentenza della Corte Cost. n. 138 del 2010) ed è affermato che la rimozione dello scioglimento coattivo del vincolo coniugale non determina l'introduzione indiretta della possibilità di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso, essendo il percorso psicologico e, frequentemente, medico chirurgico legato alla condizione di transessualità ontologicamente diverso da quello compiuto dal soggetto che si determina verso l'uno o l'altro orientamento sessuale.

In precedenza, anche la Corte Costituzionale austriaca, con la pronuncia n. 17849 dell'8 giugno 2006, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che stabiliva l'intrascrivibilità della rettificazione di sesso in mancanza dello scioglimento del vincolo pregresso. La norma censurata è stata ritenuta in contrasto con il diritto dell'individuo al rispetto della sua vita privata, così come sancito dall'art. 8 CEDU. In un ordinamento come quello austriaco, che esclude il riconoscimento di matrimoni contratti tra persone dello stesso sesso, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la peculiarità della condizione personale di chi chiede la rettificazione di attribuzione di sesso e il diritto alla continuazione di un legame duraturo e stabile come il matrimonio non possano essere sacrificati senza il consenso dei coniugi.

Deve, pertanto, affermarsi che l'ingerenza statuale situata "a monte" o a "valle" del procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso, consistente nell'obbligo preventivo o nell'effetto solutorio successivo sul vincolo coniugale, determina la lesione di un diritto che ha la stessa natura, ampiezza e centralità, nello sviluppo della personalità dell'essere umano, di quello all'identità di genere. Ne risulta minato alla radice il diritto all'autodeterminazione del soggetto che intende procedere alla rettificazione di attribuzione di sesso, conseguendo a tale opzione la eliminazione per il futuro del diritto alla vita familiare, realizzato mediante la scelta del vincolo matrimoniale e, dunque, dotato del massimo grado di tutela giuridica. Per effetto della rettificazione dell'attribuzione di sesso il preesistente matrimonio rimane deprivato di qualsiasi ancoraggio giuridico e di qualsiasi forma di tutela, pur essendo stato legittimamente celebrato e, ciò che più rileva, pur mancando il consenso di entrambi i coniugi alla produzione di tale radicale effetto.

Il vulnus al diritto a mantenere ferma l'opzione per la vita familiare coniugale appare ancor più accentuato nei confronti dell'altro coniuge, costretto a subire le gravi conseguenze sulla sua sfera emotiva, e sull'assetto giuridico delle proprie scelte relazionali, della rettificazione di sesso operata dall'altro coniuge, trovandosi ipso iure, e in contrasto con la propria volontà, nella condizione di essere privato dello status coniugale.

Il sacrificio, in questa ipotesi, è del tutto unilaterale e privo di alcuna compensazione, costituendo esclusivamente la soppressione, mediante ingerenza statuale, della volontà individuale nell'esercizio del diritto personalissimo allo scioglimento del matrimonio. Gli effetti imperativi della norma non trovano alcun bilanciamento rispetto alla posizione del coniuge che si trova privato di un fondamentale diritto della persona, costituzionalmente garantito dagli *artt. 2 e 29 Cost.*.

Appare pertanto configurabile un contrasto tra la *L. n. 164 del 1982*, art. 4, e gli *artt. 2 e 29 Cost.*, e con gli artt. 8 e 12 della CEDU, nella parte in cui la norma censurata fa conseguire come effetto automatico del passaggio in giudicato della pronuncia di rettificazione di attribuzione di sesso lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto dal soggetto che ha esercitato il diritto sopra indicato, con conseguenze irreparabili sulla conservazione del vincolo anche nei confronti dell'altro coniuge.

Conforta il prospettato dubbio di costituzionalità, sotto il profilo del parametro interposto degli artt. 8 e 12 della CEDU, una recentissima pronuncia della Corte Europea dei diritti umani (Caso H. contro Finlandia 13 novembre 2012), nella quale viene affrontata una questione analoga a quello oggetto del presente giudizio.

Nell'ordinamento finlandese per poter registrare la rettificazione dell'attribuzione di sesso, qualora il richiedente sia unito in matrimonio, è necessario il preventivo consenso dell'altro coniuge al fine di trasformare il matrimonio in unione civile registrata (civil partnership). La Corte ritiene che nella specie

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

coesistano due posizioni in conflitto che necessitano di un adeguato bilanciamento:

il diritto al rispetto della vita privata e familiare di chi richiede la predetta registrazione (nella specie costituita dall'attribuzione di un codice identificativo del genere) e l'interesse dello Stato a mantenere intatti i modelli matrimoniali predefiniti per legge.

Rilevato che nel sistema finlandese è previsto il riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso e che le modalità di tutela di questa stabile e duratura relazione sono sostanzialmente identiche a quelle del matrimonio, anche in ordine ai diritti dei figli, la Corte EDU ha osservato che il bilanciamento d'interessi compiuto dal legislatore non risulta sproporzionato nè sotto il profilo dell'art. 8, nè sotto quello dell'art. 12, nè infine sotto quello dell'art. 14, non essendo discriminatoria la scelta normativa compiuta.

Alla luce delle indicazioni fornite da detta pronuncia della Corte Europea dei diritti umani la mancanza di proporzionalità e l'ingiustificata ingerenza statuale appaiono senz'altro ravvisabili, in ordine ai parametri costituiti dagli artt. 8 e 12, in un sistema che non offre alcuna alternativa ai coniugi, determinando una netta e definitiva soluzione di continuità tra passato e presente della relazione coniugale e decretandone la irreversibile caducazione.

Ed invero nel nostro ordinamento, da uno stato di massima stabilità e protezione giuridica costituzionale e di diritto positivo non soltanto codicistico, si trasmigra, contro la volontà dei componenti la coppia coniugata, verso una condizione di totale indeterminatezza – attesa l'inesistenza di alternative o di soluzioni gradate enucleatali dal sistema – del contesto giuridico all'interno del quale collocare la relazione dotata all'origine del grado massimo di tutela. Non può essere trascurato, peraltro, che la sfera dei diritti complessivamente connessi alla rettificazione di sesso ed al fenomeno del transessualismo è del tutto peculiare e non omologabile od equiparabile alla condizione della coppie dello stesso sesso che richiedono a vario titolo il riconoscimento delle proprie relazioni stabili.

Occorre ancora osservare che del tutto insufficienti ad attuare un adeguato bilanciamento d'interessi risultano le indicazioni provenienti dalla pronuncia della Corte Cost. n. 138 del 2010 e da questa Corte con la sentenza n. 4184 del 2012, in ordine alla riconducibilità delle unioni tra persone dello stesso sesso alle formazioni sociali costituzionalmente rilevanti, con il conseguente sistema di tutele "in specifiche situazioni", attesa l'incompatibilità tra la condizione della coppia che non può accedere all'unione coniugale e quella di chi ha legittimamente scelto un'unione coniugale proprio in virtù della duratura cristallizzazione dei diritti e degli obblighi ad essa connessi.

8. Si profila inoltre un rilevante sospetto di incostituzionalità della norma in esame rispetto al parametro costituzionale costituito *dall'art. 24 Cost.*.

Ed invero la *L. n. 164 del 1982,* art. *2*, (e l'attualmente vigente *D.Lgs. n. 150 del 2011,* art. *31*) nel procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso prevede la notificazione del ricorso al coniuge ed ai figli, ma la posizione di litisconsorte in tale giudizio, con la conseguente facoltà di adottare le scelte difensive attinenti all'oggetto, non esclude che il coniuge resti totalmente privo di tutela con riguardo all'effetto automatico dello scioglimento del vincolo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di sesso, non potendo egli opporsi nè in quella sede nè in separato giudizio a tale scioglimento.

9. L'ingiustificata compressione del diritto di agire giudizialmente a tutela del mantenimento dell'unione coniugale riguarda peraltro anche il coniuge che procede alla rettificazione di sesso, il quale può agire per il riconoscimento del diritto ad una diversa identità di genere, ma deve subire, senza alcuna tutela giurisdizionale, gli effetti di questa decisione sul vincolo coniugale preesistente.

10. Sorge, infine, non ravvisandosi alcuna altra ipotesi di divorzio "imposto" ex lege che si produca senza l'impulso giudiziale di almeno uno dei coniugi, un ulteriore dubbio di costituzionalità della più volte citata *L. n. 164 del 1982,* art. *4*, rispetto al parametro costituzionale costituito *dall'art. 3 Cost.*, correlato all'art. 24.

Con riferimento a tale specifico parametro devono essere assunte come tertium comparationis le ipotesi di scioglimento del vincolo o cessazione degli effetti civili del matrimonio indicate nella *L. n. 898 del 1970,* art. *3*, sub. 1, lettere a), b), c) e sub 2), lettera d), che non richiedono da parte del giudice alcun controllo sull'effettiva disgregazione della convivenza familiare, in quanto si tratta di cause solutorie che, per la estrema gravità delle condotte che ne costituiscono il nucleo, sono ritenute, con una valutazione astratta e predeterminata compiuta dal legislatore, radicalmente impeditive della continuazione della convivenza coniugale. La riserva di giurisdizione e la necessità della domanda di parte, tuttavia, non vengono meno neanche in queste fattispecie, assimilabili sotto il profilo della non necessità di un sindacato sulla concreta ed oggettiva situazione coniugale all'ipotesi di cui alla lettera g) oggetto di censura. La diversità di regime giuridico, sotto il duplice profilo della necessità dell'accertamento giudiziale e della volontarietà (quanto meno di uno dei coniugi) della scelta relativa allo scioglimento del vincolo, relativa alle ipotesi da ultimo descritte comparate a quella di cui alla *L. n. 164 del 1982,* art. *4*, risulta del tutto priva di una ragionevole giustificazione, alla luce degli *artt. 3 e 24 Cost.*.

11. In conclusione, ritenutane la rilevanza e la non manifesta infondatezza, devono essere sollevate per le ragioni sopra illustrate:

GeniUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

1) la questione di legittimità costituzionale della *L. n. 164 del 1982,* art. *4*, nella formulazione anteriore all'abrogazione intervenuta per effetto del *D.Lgs. n. 150 del 2011,* art. *36*, 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 senza la necessità di una domanda e di una pronuncia giudiziale, con riferimento ai parametri costituzionali degli *artt. 2 e 29 Cost.*, e, in qualità di norme interposte, ai sensi *dell'art. 10 Cost.*, comma 1, e *art. 117 Cost.*, degli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con riguardo ad entrambi i coniugi;

2) la questione di legittimità costituzionale della *L. n. 164 del 1982,* artt. *2* e *4*, con riferimento al parametro costituzionale *dell'art. 24 Cost.*, nella parte in cui prevedono la notificazione del ricorso per rettificazione di attribuzione di sesso all'altro coniuge, senza riconoscere a quest'ultimo il diritto di opporsi allo scioglimento del vincolo coniugale nel giudizio in questione, nè di esercitare il medesimo potere in altro giudizio, essendo esclusa la necessità di una pronuncia giudiziale dalla produzione ex lege dell'effetto solutorio in virtù del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso;

3) la questione di legittimità costituzionale della *L. n. 164 del 1982,* artt. *2* e *4*, con riferimento *all'art. 24 Cost.*, negli stessi termini di cui sub 2), con riguardo al coniuge che ha ottenuto la rettificazione di attribuzione di sesso;

4) la questione di legittimità costituzionale della *L. n. 164 del 1982,* art. *4*, con riferimento al parametro costituzionale *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 *L. n. 898 del 1970,* art. *3, comma 4, lett. g)*, e successive modificazioni e le altre ipotesi indicate in detto art. 3, sub. 1, lett. a, b, c) e sub 2, lett. d).

P.Q.M.

La Corte, visto *l'art. 134 Cost.*, e *L. n. 87 del 1953,* art. *23* e ss., dichiara rilevanti e non manifestamente infondate le seguenti questioni di legittimità costituzionale:

1) la questione di legittimità costituzionale della *L. n. 164 del 1982,* art. *4*, nella formulazione anteriore all'abrogazione intervenuta per effetto del *D.Lgs. n. 150 del 2011,* art. *36*, 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 senza la necessità di una domanda e di una pronuncia giudiziale, con riferimento ai parametri costituzionali degli *artt. 2 e 29 Cost.*, e, in qualità di norme interposte, ai sensi *dell'art. 10 Cost.*, comma 1, e *art. 117 Cost.*, degli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo;

2) la questione di legittimità costituzionale della *L. n. 164 del 1982,* artt. *2* e *4*, con riferimento al parametro costituzionale *dell'art. 24 Cost.*, nella parte in cui prevedono la notificazione del ricorso per rettificazione di attribuzione di sesso all'altro coniuge, senza riconoscere a quest'ultimo il diritto di opporsi allo scioglimento del vincolo coniugale nel giudizio in questione, nè di esercitare il medesimo potere in altro giudizio, essendo esclusa la necessità di una pronuncia giurisdizionale dalla produzione ex lege dell'effetto solutorio in virtù del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso;

3) la questione di legittimità costituzionale della *L. n. 164 del 1982,* artt. *2* e *4*, con riferimento *all'art. 24 Cost.*, negli stessi termini di cui sub 2), in relazione al coniuge che ha ottenuto la rettificazione di attribuzione di sesso;

4) la questione di legittimità costituzionale della *L. n. 164 del 1982,* art. *4*, con riferimento al parametro costituzionale *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 *L. n. 898 del 1970,* art. *3, comma 4, lettera g)*, e successive modificazioni e le altre ipotesi indicate in detto art. 3, sub. 1, lett. a), b), c) e sub 2, lett. d).

Dispone la immediata trasmissione degli atti e della presente ordinanza, comprensivi della documentazione attestante il perfezionamento delle prescritte comunicazioni e notificazioni, alla Corte Costituzionale e sospende il giudizio.

Ordina la notificazione della presente ordinanza alle parti in causa, al Pubblico Ministero e al Presidente del Consiglio dei Ministri e la sua comunicazione ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Dispone che in caso di diffusione siano omesse le generalità delle parti.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile, il 12 febbraio 2013.

Depositato in Cancelleria il 6 giugno 2013

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Corte d'Appello di Bologna, decreto del 18 maggio 2011

La Corte d'Appello di Bologna I sezione civile
riunita in camera di consiglio nelle persone dei giudici dr. Immacolata Fischetti – Presidente, dr. Fausto Casari – consigliere, dr. Melania Bellini – consigliere rel. est.
sciogliendo la riserva dell'udienza 14.I.2011, pronuncia questo decreto nel procedimento camerale tra il Ministero dell'Interno – reclamante, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato con domicilio eletto nei suoi uffici bolognesi di via G.R. – (…) e (…) nate (…), qui entrambe residenti – resistenti, rappresentate e difese dagli avvocati Anna Maria Tonioni, Giovanni Genova e Michele Giarratano del Foro di Bologna e Francesco Bilotta di Trieste, elettivamente domiciliate in Bologna nello studio dell'avv. Tonioni in piazza C. – e il Pubblico Ministero – intervenuto, rappresentato dal Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello.

Oggetto

Reclamo 22.XI.2010, notificato il 24 Dicembre, contro il decreto 28.X.2010, notificato il 15 Novembre, con cui il Tribunale di Modena, accogliendo il ricorso 26.V.2010 di A.B. e A.T. ai sensi degli artt. 95 e seguenti DPR 3.XI.2000 n. 396, ha ordinato la cancellazione dell'annotazione "la sentenza sopra menzionata ha prodotto ai sensi dell'art- 4 legge 164/82, la cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui all'atto contro scritto a far data dal 29.6.2009, così come previsto dal paragrafo 11.5 del nuovo massimario dello stato civile", eseguita sull'atto di matrimonio dopo l'annotazione della sentenza 23/2009 del Tribunale di Bologna; e ha compensato le spese processuali tra le parti.

Conclusioni

Reclamante: come nel ricorso:

"Voglia la Corte adita, contrariis reiectis, in accoglimento del reclamo, rigettare l'avverso ricorso e per l'effetto revocare e/o annullare l'impugnato decreto. Vinte le spese".

Resistenti: come nella comparsa di risposta: "[…] la suintestata Corte d'Appello voglia rigettare il reclamo proposto dal Ministero dell'Interno e confermare il decreto impugnato; voglia in ogni caso dichiarare nulla, illegittima e priva di effetti l'annotazione eseguita dal Comune di Finale Emilia in data 18.02.2010 a margine dell'atto di matrimonio di A.B. e A.T. e le successive annotazioni eseguite dal Comune di Mirandola e dal Comune di Bologna rispettivamente a margine dell'atto di nascita di A. B. e a margine dell'atto di matrimonio delle convenute trascritto nel Registro degli atti di matrimonio del Comune di Bologna e a margine dell'atto di nascita di A.T., e per l'effetto ordinarne la cancellazione. Con vittoria di onorari, competenze e spese di entrambi di gradi".

Intervenuto: come nella comparsa di intervento 4.I.2011: "Si ritiene […] che il decreto reclamato debba essere annullato e che vada ribadita la perfetta regolarità delle disposte annotazioni, dandone formale comunicazione agli Ufficiali di Stato Civile di Finale Emilia e Bologna".

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Motivi della decisione

In costanza di matrimonio con A.T., Al.B. ha chiesto al Tribunale di Bologna la rettifica dell'attribuzione del sesso da maschile a femminile e l'ha ottenuta – e con essa il nuovo nome A. – con la sentenza 23/2009.

Insieme con la T., allegando il loro atto di matrimonio dei Comune di Finale Emilia con l'annotazione marginale della sentenza il 16.X.2009 e l'aggiunta il 18 II.2010 che essa ha prodotto, ai sensi dell'art 4 della legge n. 164/1982, la cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui all'atto contro scritto a far data dal 29-6-2009, hanno chiesto al Tribunale di Modena di dichiarare illegittima l'annotazione siccome affetta da quattro vizi: 1) carenza di potere, poiché manca una pronuncia giurisdizionale sulla cessazione degli effettivi civili del matrimonio; 2) falsa ed erronea interpretazione delle leggi 164/'82 e 898/'70, poiché esse non consentono di attribuire alla sentenza di rettificazione del sesso l'effetto dello scioglimento automatico del matrimonio; 3) violazione dell'art. 102 DPR 396/2000, poiché l'annotazione non è stata ordinata dai giudice nè è prevista dalla legge; 4) vizio logico in relazione alla disciplina dello scioglimento del matrimonio della persona che assume lo stesso sesso del coniuge, poiché qui non si tratta di matrimonio fra persone dello stesso sesso, ma fra persone che lo sono divenute successivamente.

Disattendendo l'opposizione dell'Amministrazione degli interni e del Pubblico Ministero incentrata sulla deduzione dell'automatico scioglimento del matrimonio ex art. 4 l. 164/'82 e del contrasto, altrimenti, dell'identità del sesso coi principi dell'ordinamento, il Tribunale ha motivato la decisione sopra esposta, scrivendo che è stato violato l'art. 102 DPR 396 del 2000 che vuole le annotazioni di Stato civile ordinate dal giudice oppure previste dalla legge: nessuno dei due casi qui ricorre, perché la sentenza bolognese 23/2009 non ha ordinato l'annotazione, e la legge 164 la prevede solo nell'atto di nascita non anche di matrimonio; né la sentenza ha pronunciato lo scioglimento del vincolo matrimoniale si che non può applicarsi l'art. 10 della legge 898.

Il reclamo contro la decisione censura l'erronea interpretazione di norme di diritto.

Il Tribunale – scrive il reclamo – ha sbagliato a ritenere che l'annotazione non sarebbe sorretta da nessun potere, perché in tal modo si trascura che l'art. 5 comma 1° lett. a DPR 396/2000 impone all'ufficiale di stato civile di aggiornare gli atti e che l'art. 4 l. 164/'82 contempla lo scioglimento automatico del vincolo matrimoniale come effetto della sentenza di rettificazione del sesso, senza che occorra un'espressa pronuncia dichiarativa sul punto. Infatti, la legge 74/'87, che ha aggiunto all'art. 3 della 1. 898/'70 tra i casi in cui coniugi possono chiedere lo scioglimento, quello che sia passata in giudicato la sentenza della l. 164/'82, non ha abrogato l'art. 4 della stessa legge, ma ha solo esplicitato la possibilità, per gli ex coniugi, di attivarle la procedura alfine di regolamentare gli aspetti diversi da quelli dello stato civile; negare lo scioglimento automatico, pretendendo che si debba attendere la pronuncia di divorzio dietro la richiesta d'uno dei coniugi, significherebbe ammettere la possibilità che sopravviva per un certo periodo di tempo il matrimonio fra persone dello stesso sesso; ma questo è estraneo all'ordinamento, il quale vuole la diversità sessuale dei coniugi come requisito immancabile del matrimonio.

L'opposizione delle signore B. e T., con ampia disamina di dottrina e giurisprudenza (quest'ultima anche straniera), sostiene la propria originaria deduzione e la decisione del Tribunale che l'ha accolta: evidenzia l'errore della avversaria primo, perché vi è un'insolubile contraddizione nell'affermare che la legge 164/1982 riguarda solo i profili relativi alle rettifiche dello stato civile e non invece le questioni relative ai rapporti patrimoniali e personali ira gli ex coniugi e quelle relative ai figli, essendo evidente che incidere sui profili dello stato civile dei coniugi significa incidere sui loro rapporti personali e patrimoniali; secondo, perché trascura la portata della riforma, nel 1987, dell'art. 3 1. 898/'70 sia sul piano della successione delle leggi nel tempo, sia su quello del principio di specialità, sia infine della sistemazione della normativa esistente in materia; terzo, perché, come ha statuito il Tribunale di Modena, dichiarare la cessazione degli effetti civili del matrimonio spetta unicamente all'autorità giudiziaria e qui mai questa dichiarazione è avvenuta, con la conseguenza che la pubblica amministrazione ha alterato principi inderogabili di ordine pubblico, facendo un'annotazione senza che si desse nessuno dei casi che la legittimino secondo l'art. 102 DPR 396/2000.

Infine, sbaglia il Ministero a ritenere contrastante con l'ordinamento la sopravvivenza del matrimonio nel caso di coniuge transessuale, data la differenza tra transessualismo e omosessualità e data la differenza tra il diritto delle persone dello stesso sesso a sposarsi e quello dei coniugi di mantenere l'unione già esistente: chiedere il divorzio è diritto personalissimo e lo Stato non si può loro sostituire.

Il Pubblico Ministero aderisce alla lesi dei reclamante.

Il reclamo è fondato.

Contrariamente a quanto scrive il Tribunale, l'annotazione non è stata apposta fuori dei casi consentiti, ma nel sistema unico integrato dello Stato Civile in cui non possono darsi atti relativi alla stessa persona che non si corrispondano, essa è il doveroso aggiornamento di quello del matrimonio B.-T.: se non fosse stata apposta. Al. (non A.) B. risulterebbe ancora coniugato con la T., il che sarebbe contrario al principio di veridicità che regge lo Stato Civile.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

I cambiamenti di nome e sesso vanno annotati non solo nell'atto di nascita ma anche in quello di matrimonio (art. 69 DPR 396/2000) e giustamente qui lo s'è fatto con la sentenza 23/2009: la giunta del 18.II.2010 non rende illegittima l'annotazione perché, altro non essendo che la mera riproduzione della letterale espressione normativa concernente la sentenza annotata, è incapace di alterare la precipua funzione di pubblicità dell'atto.

Né può dirsi che l'annotazione sia illegittima perché riproduce una norma non più vigente, che l'abrogazione dell'art. 4 l. 164/'82 non si ricava né dalla lettera né tanto meno dalla ratio delle successive modificazioni dell'art. 3 l. 898 del '70: già l'art. 4 nel mentre che prevedeva l'automatico effetto sullo scioglimento del vincolo matrimoniale della sentenza, rinviava alla 898 per la disciplina dello scioglimento stesso; e le modificazioni introdotte nel 1987 al suo art. 3 ne sono una precisazione non incompatibile con la precedente previsione.

Veramente incompatibile è l'interpretazione proposta dalle resistenti, che consentire il permanere del vincolo matrimoniale, rettificato che sia il sesso d'uno dei coniugi, significherebbe mantenere un rapporto privo del presupposto suo legittimo più indispensabile: la diversità sessuale dei coniugi.

è il presupposto di tutta la disciplina positiva – codice civile e legislazione speciale – dell'istituto matrimoniale, da ritenersi non incompatibile né con la Costituzione né con la Carta dei diritti dell'uomo, secondo hanno statuito pronunce della Consulta e della Corte di Strasburgo.

Un'interpretazione della legge del 1987 condotta secondo il formalismo letterale che conduca a un risultato così vistosamente contrastante coi principi dell'ordinamento che reggono la materia – e si tratta di principi di ordine pubblico – non può seguirsi, perché non possono darsi rapporti che restino non solo fuori d'ogni disciplina positiva, ma in contrasto con detta disciplina in un settore interessato da profili di pubblico interesse, dato che concerne lo stato delle persone.

Pertanto, il ricorso delle signore B. e T. al Tribunale di Modena si sarebbe dovuto rigettare; la decisione contraria va riformata come chiede il Ministero reclamante.

La ragionevolezza della lite è il motivo legittimo ex 92 CPC alla compensazione integrale delle spese processuali.

P.Q.M.

La Corte, in totale riforma del decreto reclamato in oggetto, rigetta il ricorso presentato il 26.V.2010 da A.B. e A.T. al Tribunale di Modena;
compensa integralmente le spese processuali.

Bologna, 4 Febbraio 2011
Il Presidente
dr. Immacolata Fischetti
Depositato in Cancelleria il 18 MAG. 2011

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Tribunale di Modena, decreto del 27 ottobre 2010

Nel procedimento civile N. 1998/2010 r.g.v.g.
Promosso da (…) e (…), rappresentati e difesi dagli avvocati Anna Maria Tonioni, Francesco Bilotta, Michele Giarratano e Giovanni Genova del foro di Bologna, elettivamente domiciliati in Modena, via Saragozza 92 presso lo studio dell'avvocato Ariella Borghesi, ricorrenti; nei confronti di Ministero dell'interno, in persona del Ministro pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, con domicilio presso gli uffici di quest'ultima in Bologna via Guido Reni n. 4, resistente; Comune di Finale Emilia, resistente non costituito; con l'intervento del Procuratore della Repubblica, ha pronunciato il seguente

DECRETO

con ricorso ex articolo 95. D.P.R. 3. 11. 2000 N. 396 in data 26 maggio 2010 (…) e (…) hanno esposto:

– con sentenza in data 29-30 giugno 2009 il Tribunale di Bologna disponeva la rettificazione di attribuzione di sesso nei confronti di (…), mediante attribuzione di sesso femminile in luogo di sesso maschile, con conseguente modifica del prenome Alessandro in Alessandra e con ordine all'ufficiale dello stato civile del Comune di Mirandola di effettuare la rettificazione nel relativo registro, ai sensi dell'art. 2 L. n. 164 del 1982.

In data 16 ottobre 2009 la sentenza veniva annotata a margine dell'atto di matrimonio contratto tra il (…) e la (…) nel Comune di Finale Emilia;

l'ufficiale dello stato civile del Comune di Finale Emilia, su indicazione del Ministero dell'interno e della Prefettura di Modena, apponeva a margine dell'atto di matrimonio contratto tra il (…) e la (…), dopo l'annotazione della sentenza 23/2009 del Tribunale di Bologna, l'ulteriore annotazione del seguente tenore: "la sentenza sopra menzionata ha prodotto ai sensi dell'art. 4 legge 164/1982, 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";

in data 19 marzo 2010 il Comune di Finale Emilia comunicava la variazione anagrafica per cessazione degli effetti civili del matrimonio agli uffici dell'anagrafe del Comune di Mirandola e del Comune di Bologna i quali procedevano alle annotazioni e variazioni anagrafiche di competenza.

I ricorrenti, sostenendo la nullità, l'illegittimità e l'inefficacia di tali annotazioni, hanno chiesto la cancellazione per i seguenti motivi:

la Pubblica Amministrazione non aveva alcun potere di statuire la cessazione degli effetti civili del matrimonio ex art. 4 legge 164/82, dovendo la cessazione essere pronunciata con sentenza, a norma dell'art. 1 legge 898/70 e dell'art. 3 della stessa legge e il relativo ricorso poteva essere proposto soltanto su istanza dei coniugi;

a seguito della novella della legge 74/1987, che aveva aggiunto all'art. 3 della legge 898/70 alla lettera G), lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio poteva essere chiesta nel caso in cui fosse passata in giudicato la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della legge 164/82. L'espressione contenuta nell'art. 4 legge 164/82 secondo cui "la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso provoca lo scioglimento del matrimonio" doveva intendersi nel senso che la pronuncia di rettificazione di attribuzione di sesso era presupposto per lo scioglimento o la cessazione gli effetti civili del matrimonio che andava comunque dichiarato secondo le regole ordinarie.

L'ufficiale di stato civile del Comune di Finale Emilia, annotando la cessazione di effetti civili del matrimonio ex art. 4 legge 164/82, così come previsto al paragrafo 11.5 del nuovo massimario dello stato civile "aveva compiuto un'attività in contrasto con la disposizione contenuta nell'art. 102 del DPR 396/2000. In base alla norma suddetta alle annotazioni degli atti civili poteva darsi seguito unicamente in forza di un ordine dell'autorità giudiziaria ovvero per espressa disposizione di legge. L'art. 4 legge 164/82 non prevedeva alcun obbligo di annotazione dello scioglimento del matrimonio ed il nuovo massimario dello stato civile non era atto avente natura di legge (o di regolamento).

Si è costituito il Ministero dell'interno, contestando nel merito la domanda sostenendo che l'art.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

4 legge 164/82 prevedeva, come effetto automatico della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e che l'art. 3 lett. G) della legge n. 74/87 era stato introdotto per consentire al coniuge del transessuale di ottenere regolamentazione giudiziaria degli ulteriori profili, personali, patrimoniali e relativi alla prole, diversi da quello afferente l'aspetto puro e semplice dello stato civile.

Il Ministero ha aggiunto che la permanenza del vincolo tra due persone dello stesso sesso era in contrasto con i principi dell'ordinamento ed in contrasto con il principio di uguaglianza tra persone allo stesso sesso impossibilitati ad unirsi matrimonio.

Il Procuratore della Repubblica è intervenuto, chiedendo il rigetto della domanda, sul presupposto che lo scioglimento del vincolo è conseguenza automatica della sentenza di rettificazione e che l'identità di sesso è causa di inesistenza del matrimonio, venuta meno *ipso facto* per effetto del cambiamento di sesso di uno dei coniugi.

Ad avviso del Collegio il ricorso è fondato e deve essere accolto.

La questione preliminare, di carattere assorbente, attiene all'accertamento del potere in base al quale l'ufficiale dello stato civile del Comune di Finale Emilia ha proceduto all'annotazione consistita nell'apposizione, a margine dell'atto di matrimonio contratto tra il (…) e la (…), dopo l'annotazione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, della seguente dicitura: "la sentenza sopra menzionata ha prodotto ai sensi dell'art. 4 legge 164/1982, 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".

Occorre, infatti, accertare la fonte del potere dell'ufficiale di stato civile di procedere all'annotazione per cui è causa, in considerazione del fatto che il Tribunale di Bologna, nel disporre la rettificazione di attribuzione di sesso, non ha preso posizione sugli effetti che tale provvedimento avrebbe avuto sul vincolo matrimoniale. L'asserito effetto automatico della rettificazione di attribuzione di sesso impone, infatti, di considerare la necessità che, pure *ex officio*, un provvedimento estintivo del vincolo dovrebbe comunque essere adottato dall'autorità giudiziaria, non potendo tale potere essere attribuito all'autorità amministrativa. In quella sede potrebbero porsi le questioni relative al cambiamento di sesso sul preesistente matrimonio e, in particolare, sull'effetto indiretto, in assenza di provvedimento estintivo, di mantenere in vita il matrimonio tra persone dello stesso sesso a fronte dell'impossibilità, per persone nella stessa situazione, di contrarre il vincolo, divieto giudicato costituzionalmente legittimo dal Giudice delle Leggi con sentenza n. 138 del 15 aprile 2010.

Dovendo, quindi, ritenersi che a porsi il problema degli effetti sul preesistente matrimonio debba essere il Tribunale che pronuncia la rettificazione dell'attribuzione di sesso, questo Tribunale, consapevole della delicatezza del tema e della pluralità delle opzioni interpretative idonee anche a produrre questione di legittimità costituzionale in negativo, non intende prendere posizione sulla questione, in quanto ininfluente sulla decisione da adottare nel presente giudizio.

Ciò posto, l'art. 102 del D.P.R. 3 novembre 2000 stabilisce le modalità con le quali devono essere eseguite le annotazioni disposte dalla legge o ordinate dall'autorità giudiziaria. Le annotazioni che la legge sull'ordinamento dello stato civile prescrive debbano essere fatte negli atti di matrimonio sono quelle previste all'art. 69 legge cit. dalla lettera a) alla lettera i) e tra le varie ipotesi è contemplata esclusivamente l'annotazione dei provvedimenti di rettificazione.

L'art. 2 della legge 164/1982 prevede che con la sentenza che accoglie la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso il Tribunale ordina l'ufficiale di stato civile del Comune dove fu compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione del relativo registro. 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 legge citata.

Il rinvio contenuto nell'art. 4 alle disposizioni della legge sul divorzio è generico e da esso non può farsi discendere l'applicabilità dell'articolo 10 della legge 898/1970, tanto più ove si consideri che nella norma si parla dell'annotazione della "sentenza" che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, sentenza che, nel caso concreto, non esiste e non è stata a tutt'oggi pronunciata.

Nella sentenza di rettificazione del sesso pronunciata nei confronti di (…) non vi è alcun ordine di annotazione dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Non sussiste, pertanto, alcun ordine dell'autorità giudiziaria né alcuna disposizione di legge che consenta l'annotazione eseguita dall'ufficiale dello stato civile del Comune di Finale Emilia.

Il fatto che tale annotazione sia stata eseguita in conformità a quanto previsto al paragrafo 11.5 del nuovo massimario dello stato civile non assurge ad argomento dirimente. Il massimario costituisce "Guida all'applicazione" del regolamento dello stato civile e nel paragrafo suindicato si limita a fornire un'interpretazione che non ha alcun effetto vincolante nei confronti del giudice.

In mancanza di qualsiasi disposizione di legge che la preveda o di provvedimento dell'autorità giudiziaria che la disponga, l'annotazione eseguita dall'ufficiale dello stato civile del Comune di Finale Emilia deve essere cancellata.

GeniUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

L'assoluta novità della questione costituisce ragione eccezionale per compensare le spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale, definitivamente decidendo sul ricorso promosso da (…) e (…) nei confronti del Ministero dell'interno e del Comune di Finale Emilia, ORDINA la cancellazione dell'annotazione "la sentenza sopra menzionata ha prodotto ai sensi dell'art. 4 legge 164/1982, 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" è seguita sull'atto di matrimonio dopo l'annotazione della sentenza 23/2009 del Tribunale di Bologna; compensa tra le parti le spese di giudizio.

Così deciso in data 27 ottobre 2010 nella camera di consiglio della II sezione civile del tribunale di Modena.

il giudice estensore
il presidente estensore

GenIUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

Corte europea dei diritti dell'uomo, quarta sezione, H. v. FINLAND, decisione del 13 Novembre 2012

In the case of H. v. Finland,
The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting as a Chamber composed of: Lech Garlicki, President, Päivi Hirvelä, George Nicolaou, Ledi Bianku, Zdravka Kalaydjieva, Nebojša Vučinić, Vincent A. De Gaetano, judges, and Lawrence Early, Section Registrar,
Having deliberated in private on 23 October 2012,
Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 37359/09) against the Republic of Finland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by a Finnish national, Ms H. ("the applicant"), on 8 July 2009. The President of the Section acceded to the applicant's request not to have her name disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).
2. The applicant was represented by Mr Kari Uoti, a lawyer practising in Helsinki. The Finnish Government ("the Government") were represented by their Agent, Mr Arto Kosonen of the Ministry for Foreign Affairs.
3. The applicant alleged, in particular, under Articles 8 and 14 of the Convention that her right to private and family life had been violated when the full recognition of her new gender was made conditional on the transformation of her marriage into a civil partnership.
4. On 23 March 2010 the application was communicated in respect of Articles 8 and 14 of the Convention to the Government. The Court decided ex officio to communicate the application also under Article 12 of the Convention. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The applicant was born in 1963 and lives in Helsinki.
6. The applicant was born male. She always felt that she was a female in a male body but decided to cope with the situation. In 1996 she married a woman and in 2002 they had a child.
7. The applicant started feeling worse in 2004, and decided in 2005 to seek medical help. In April 2006 she was diagnosed as transgender. Since that time, she has lived as a woman. On 29 September 2009 she underwent gender re-assignment surgery.
8. On 7 June 2006 the applicant changed her first names and renewed her passport and driver's licence but she could not have her identity number changed. The identity number still indicates that she is male, as does her passport.

A. Proceedings concerning the changing of the identity number

9. On 12 June 2007 the applicant requested the local Register Office (maistraatti, magistraten) to confirm her as being female and to change her male identity number to a female one as it no longer corresponded to reality.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

10. On 19 June 2007 the local Register Office refused the applicant's request. It found that, according to sections 1 and 2 of the Act on Confirmation of the Gender of a Transsexual (laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta, lagen om fastställande av transsexuella personers könstillhörighet), the confirmation required that the person was not married or that the spouse gave his or her consent. As the applicant's wife did not give her consent to the transformation of their marriage into a civil partnership (rekisteröity parisuhde, registrerat partnerskap), the applicant's new gender could not be introduced in the population register.
11. On 6 July 2007 the applicant appealed to the Helsinki Administrative Court (hallinto-oikeus, förvaltningsdomstolen) complaining, inter alia, that her wife's decision not to give consent, to which she was perfectly entitled as they both preferred to remain married, meant that the applicant could not be registered as a female. A divorce would be against their religious convictions. A civil partnership did not provide the same security as a marriage and this would mean, among other things, that their child would be put into a different situation vis-à-vis children born within wedlock.
12. On 5 May 2008 the Helsinki Administrative Court rejected the applicant's appeal on the same grounds as the local Register Office. Moreover it found, inter alia, that the impugned decision of 19 June 2007 was not contrary to Article 6 of the Constitution as same-sex partners had a possibility, by registering their relationship, to benefit from family law protection in a manner partially comparable to a marriage. Similarly, Sections 1 and 2 of the Act on Confirmation of the Gender of a Transsexual did not violate the constitutional rights of the applicant's child.
13. On 8 May 2008 the applicant appealed to the Supreme Administrative Court (korkein hallinto-oikeus, högsta förvaltnings-domstolen), reiterating the grounds presented before the local Register Office and the Administrative Court. She also asked the court to make a request for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Communities, in particular on the interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights. Referring to Articles 8 and 14 of the Convention, the applicant claimed that the State should not tell her that a civil partnership was appropriate for her, especially when it required that her wife become a lesbian. Their sexual identity was a private matter which could not be a condition for the confirmation of gender. Transgenderism was a medical condition falling within the scope of private life. The State was violating her right to privacy every time the male identity number revealed her to be transgender. Moreover, she claimed that if her marriage were turned into a civil partnership, it would mean that she could no longer be a legal father to her child nor his mother, as a child could not have two mothers.
14. On 3 February 2009 the Supreme Administrative Court refused the applicant's request for a preliminary ruling and rejected her appeal. It found that by adopting the Act on Confirmation of the Gender of a Transsexual the legislator did not mean to change the fact that only a man and a woman could marry and that same-sex partners could have their relationship judicially confirmed by registering it. The European Court had found under Article 12 of the Convention that there were no acceptable grounds to deny transgender persons their right to marry but that the margin of appreciation in this respect was large. It was not possible under Finnish law for persons of the same sex to marry but, in such a case, it was a question of a civil partnership. As to its juridical and economic consequences, a civil partnership was essentially comparable to a marriage. The question of transforming the marriage institution into a gender-neutral one was connected to significant ethical and religious values and it was to be solved by an act enacted by Parliament. The current state of law was within the margin of appreciation given to the State by the European Convention.
15. On 29 October 2009 the applicant lodged an extraordinary appeal with the Supreme Administrative Court, requesting it to annul its previous decision of 3 February 2009. She stated that she had undergone gender reassignment surgery on 29 September 2009 and that she could no longer prove that she had been male, as indicated by her identity number and passport. Even though, for marriage purposes, she would still be considered as male, the fact remained that she should not be discriminated against due to her gender.
16. On 18 August 2010 the Supreme Administrative Court refused the extraordinary appeal.

B. Proceedings concerning reimbursement of medical costs

17. On 29 August 2007 the applicant applied for reimbursement of the costs of some hormonal medicine which was part of her treatment.
18. On 5 October 2007 the Social Insurance Institution (Kansaneläkelaitos, Folkpensionsanstalten) refused her application as she was deemed to be entitled to the reimbursement only once she had been given a new identity number.
19. By letter dated 11 October 2007 the applicant appealed to the Social Security Appeal Board (Sosiaaliturvan muutoksenhakulautakunta, Besvärsnämnden för social trygghet) claiming, inter alia, that she had been discriminated against.
20. On 21 January 2010 the Social Security Appeal Board accepted the applicant's appeal and changed the

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

decision of 5 October 2007 by the Social Insurance Institution, finding that the applicant was entitled to reimbursement.

21. As no appeal was made against this decision, it became final.

C. Other proceedings

22. On an unspecified date the applicant also filed a complaint with the Ombudsman for Equality (Tasa-arvovaltuutettu, Jämställdhets-ombudsmannen), complaining about the wrong identity number as well as the reimbursement of medical costs.

23. On 30 September 2008 the Ombudsman for Equality stated that she could not take a stand on the identity number issue as the matter had already been dealt with by the Administrative Court and the Ombudsman was not competent to supervise the courts. Moreover, the matter was pending before the Supreme Administrative Court. As to the reimbursement of medical costs, the Ombudsman found that the fact that the reimbursement was conditional on the identity number and not on medical grounds placed transgender persons in a different position to other persons receiving the same treatment. She recommended that the Social Insurance Institution change its practice in this respect in order to prevent discrimination against transgender persons.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

24. Article 6 of the Constitution (Suomen perustuslaki, Finlands grundlag; Act no. 731/1999) provides the following:

"Everyone is equal before the law.

No one shall, without an acceptable reason, be treated differently from other persons on the ground of sex, age, origin, language, religion, conviction, opinion, health, disability or other reason that concerns his or her person. Children shall be treated equally and as individuals and they shall be allowed to influence matters pertaining to themselves to a degree corresponding to their level of development.

Equality of the sexes is promoted in societal activity and working life, especially in the determination of pay and the other terms of employment, as provided in more detail by an Act."

25. Section 1 of the Act on Confirmation of the Gender of a Transsexual (laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta, lagen om fastställande av transsexuella personers könstillhörighet; Act no. 563/2002) provides that it shall be established that a person belongs to the opposite gender to the one noted in the population register if he or she:

"1) provides medical clarifications that he or she permanently feels that he or she belongs to the opposite gender and lives in the corresponding gender role as well as that he or she has been sterilised or is for some other reason incapable of reproducing;

2) is above 18 years of age;

3) is not married or in a civil partnership; and

4) is a Finnish citizen or has residence in Finland."

26. Section 2 of the same Act provides for exceptions from the marital status requirement. A marriage or a civil partnership does not prevent the confirmation of gender if the spouse or the partner personally gives his or her consent to it before a local Register Office. When belonging to the opposite gender is confirmed, a marriage is turned ex lege into a civil partnership and a civil partnership into a marriage. This modification shall be noted in the population register.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 8 AND 12 OF THE CONVENTION

27. The applicant complained under Article 8 of the Convention that her right to private and family life had been violated when the full recognition of her new gender was made conditional on the transformation of her marriage into a civil partnership.

28. Article 8 of the Convention reads as follows:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

29. Article 12 of the Convention reads as follows:

"Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right."

30. The Government contested that argument.

A. Admissibility

31. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

32. The applicant noted that there had been an interference with her right to respect for her private and family life, and agreed that this interference had a basis in national law. The issue was whether this interference had been necessary in a democratic society.

33. The applicant argued that in essence the question was whether it was necessary to force a married couple to end their marriage in order to protect the privacy of a transgender spouse. Had the applicant not been married, this problem would not have arisen. The applicant had been legally married since 1996 and nothing had changed since. Her marriage could not be a legitimate ground to invalidate her right to privacy guaranteed under Article 8 of the Convention. There were no justifiable grounds to make the applicant divorce in order to protect her privacy. Attitudes towards same-sex marriages were changing and they were allowed both in Sweden and Norway, Finland's neighbouring countries. As the legal frameworks for marriage and civil partnership were so similar, there was no major public interest involved but the matter should be left to the private sphere.

34. The Government agreed that there had been an interference with the applicant's right to respect for her private and family life in that she had not been granted a new identity number. The impugned measures had a basis in national law, especially in section 2, subsection 1, of the Act on Confirmation of the Gender of a Transsexual, and were thus "in accordance with law". That legislation was aimed at protecting the "health and morals" and the "rights and freedoms" of others.

35. As to the necessity, the Government noted that, according to Finnish law, only a man and a woman could conclude a marriage whereas same-sex partners could register their partnership. The applicant was entitled to have her identity number changed if her spouse consented to turning their marriage into a civil partnership. As soon as her new identity number was registered, their marriage turned ex lege into a civil partnership. There was no need to divorce unless the spouse did not consent and the applicant still wished to have her new gender confirmed. It was not disproportionate to require the spouse's consent in order for the applicant to obtain a new identity number. There was thus no violation of Article 8 of the Convention.

36. The Government argued that Article 12 did not protect the applicant's wish to remain married to her female spouse after the confirmation of her female gender. The legal effects of civil partnership were largely similar to those of a marriage. Between spouses the legal effects were exactly the same but in relation to children there were some differences. The Paternity Act and the Adoption Act were not applicable to civil partnerships if parenthood had not been established earlier. Presumed or established paternity did not change when a man became a woman, nor had the reassignment any legal effects on the person's liability for care, custody or maintenance of a child. The applicant's rights or obligations arising either from the partnership or parenthood would therefore not be altered. There was thus no violation of Article 12 of the Convention.

2. The Court's assessment

(a) Relevant principles

37. The Court would emphasise the positive obligation upon States to ensure respect for private life under Article 8 of the Convention, including respect for human dignity and the quality of life in certain respects (see, mutatis mutandis, Pretty v. the United Kingdom, no. 2346/02, § 65, ECHR 2002-III). It has examined several cases involving the problems faced by transgender persons in the light of present-day conditions, and has noted and endorsed the evolving improvement of State measures to ensure their recognition and protection under Article 8 of the Convention (see, for example, Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI; Van Kück v. Germany, no. 35968/97, ECHR 2003-VII; Grant v. the United Kingdom, no. 32570/03, ECHR 2006-VII; and L. v. Lithuania, no. 27527/03, § 56, ECHR 2007-IV). Whilst affording a certain margin of appreciation to States in this field, the Court has nevertheless held that States are required, by their positive obligation under Article 8, to implement

GeniUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

the recognition of the gender change in post-operative transgender persons through, inter alia, amendments to their civil-status data, with its ensuing consequences (see, for example, Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], cited above, §§ 71-93; and Grant v. the United Kingdom, cited above, §§ 39-44).

38. The Court reiterates that Article 12 of the Convention is the lex specialis for the right to marry. It secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. Article 12 expressly provides for regulation of marriage by national law. The Court points out that Article 12 of the Convention enshrines the traditional concept of marriage as being between a man and a woman (Rees v. the United Kingdom, 17 October 1986, § 49, Series A no. 106). While it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, this reflects their own vision of the role of marriage in their societies and does not flow from an interpretation of the fundamental right as laid down by the Contracting States in the Convention in 1950 (see Parry v. the United Kingdom (dec.), no. 42971/05, 28 November 2006; R. and F. v. the United Kingdom (dec.), no. 35748/05, 28 November 2006; and Schalk and Kopf v. Austria, no. 30141/04, § 58, ECHR 2010).

(b) Application of these principles

i. Applicability of Article 8 of the Convention

39. The Court notes that it is not disputed between the parties that Article 8 is applicable.

40. In this connection the Court notes that the applicant sought to have her identity number changed from a male to a female one as, having undergone gender re-assignment surgery from male to female, her old male identity number no longer corresponded to reality.

41. The Court has held on numerous occasions that an applicant who is post-operative transgender may claim to be a victim of a breach of his or her right to respect for private life contrary to Article 8 of the Convention due to the lack of legal recognition of his or her change of gender (see for example Grant v. the United Kingdom, cited above, § 40; and L. v. Lithuania, cited above, § 59). The fact that the present case also involves issues which may have implications for the applicant's family life, does not prevent the Court from examining the main issue raised by the applicant, namely the inability to obtain a female identity number, under the "private life" limb of Article 8 of the Convention.

42. Accordingly, the facts of the case fall within the ambit of Article 8 of the Convention and within the scope of the concept of "private life".

ii. Whether the case involves a positive obligation or an interference

43. The Court recalls that the boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 of the Convention do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see Keegan v. Ireland, 26 May 1994, § 49, Series A no. 290).

44. The Court observes that it is common ground between the parties that there has been an interference with the applicant's right to respect for her private life in that she was not granted a new female identity number. The Court finds no reason to conclude otherwise. The Court will therefore examine whether this interference was justified by Article 8 § 2 of the Convention.

iii. Whether the interference was "in accordance with the law" and pursued a legitimate aim

45. The Court notes that both the applicant and the Government also agree that the interference had a basis in national law, namely in section 2, subsection 1, of the Act on Confirmation of the Gender of a Transsexual, and that it was thus "in accordance with law". The Court considers that the interference also pursued the legitimate aim of protecting the "health and morals" and the "rights and freedoms" of others, as argued by the Government.

iv. Whether a fair balance was struck

46. The Court observes that it is on the question of necessity in a democratic society and the proportionality of the impugned measures that the parties' views differ. The applicant claims in essence that there were no justifiable grounds to require her to divorce in order to protect her privacy. The Government, on the other hand, argue in essence that the applicant had a possibility, without divorcing, to obtain a female identity number and that the system in place was not disproportionate.

47. The Court notes that the applicant and her spouse were lawfully married under domestic law and that they wished to remain married. In domestic law marriage is only permitted between persons of opposite gender and same-sex marriages are not permitted. The applicant could obtain a new identity number as a woman only if her spouse consented to their marriage being turned into a civil partnership. If no such consent was obtained, the applicant had a choice between remaining married and tolerating the inconvenience caused by the male identity number, or divorcing her spouse.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

48. The Court considers that in the present case there are two competing rights which need to be balanced against each other, namely the applicant's right to respect for her private life by obtaining a new female identity number and the State's interest to maintain the traditional institution of marriage intact. Obtaining the former while remaining still married would imply a same-sex marriage between the applicant and her spouse, which is not allowed by the current legislation in force in Finland.
49. The Court reiterates that according to its case-law, Article 12 does not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage. Nor can Article 8, a provision of more general purpose and scope, be interpreted as imposing such an obligation (see Schalk and Kopf v. Austria, cited above, § 101). The Court has also held that the matter of regulating the effects of the change of gender in the context of marriage falls within the appreciation of the Contracting State (see Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], cited above, § 103). The Court notes that consensus on same-sex marriages is evolving in the European context, and that some Council of Europe Member States have already included such a possibility in their domestic legislation. In Finland, however, this possibility does not exist even though such a possibility is currently being examined by Parliament. On the other hand, the rights of same-sex couples are currently protected by the possibility to register a civil partnership.
50. While it is true that the applicant faces daily situations in which the incorrect identity number creates inconvenience for her, the Court considers that the applicant has a real possibility to change that state of affairs: her marriage can be turned at any time, ex lege, into a civil partnership with the consent of her spouse. If no such consent is obtained, the applicant has the possibility to divorce. For the Court it is not disproportionate to require that the spouse give consent to such a change as her rights are also at stake. 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.
51. Moreover, although there is a child from the marriage, there is no suggestion that this child, or any other individual, would be adversely affected if the applicant's marriage were turned into a civil partnership. As the Government noted, the applicant's rights and obligations arising either from paternity or parenthood would not be altered if her marriage were turned into a civil partnership.
52. Therefore, the Court considers that the effects of the Finnish system have not been shown to be disproportionate and that a fair balance has been struck between the competing interests in the present case. The interference with the applicant's right to respect for her private life was thus justified under the circumstances of the present case. There has accordingly been no violation of Article 8 of the Convention.

v. Article 12 of the Convention

53. The Court observes that the issue at stake in the present case does not as such involve any issue under Article 12 of the Convention which guarantees a right to marry. The applicant has been legally married since 1996. The issue at stake rather concerns the consequences of the applicant's change of gender for the existing marriage between her and her spouse, which question has already been examined above under Article 8 of the Convention. In view of those findings the Court finds it unnecessary to examine the facts of the case separately under Article 12 of the Convention.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION

54. The applicant complained under Article 14 of the Convention that by refusing to give her a female identity number, which corresponded to the actual state of affairs, the State was discriminating against her. The fact that she had been denied a female identity number revealed the confidential information of her being transgender because, unlike any other person, she had to explain this difference on every occasion when the identity number was required.
55. Article 14 of the Convention reads as follows:

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

56. The Government contested that argument.

A. Admissibility

57. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

58. The applicant argued that in the present case there was a difference in treatment between her and other persons who were in the same position but were not married. There was no objective and reasonable justification to this difference in treatment and it was not proportionate.
59. The Government accepted that Article 14 of the Convention was applicable in the present case as the case fell within the scope of Articles 8 and 12 of the Convention. The applicant could not have been treated differently on the basis of her being transgender as the impugned procedure was only applicable to transgender persons. The reason for the applicant's discriminatory experiences was the lack of legal recognition of the applicant's changed gender. As this question was examined under Article 8 of the Convention, no separate issue of discrimination arose in the present case.
60. Were the Court to have a different view, the Government argued that the impugned procedure and its consequences had an objective and reasonable justification. The means used were proportionate to the objectives, considering in particular that the legal effects of a civil partnership were comparable to the legal effects of a marriage. The Finnish legal system provided protection against discrimination based on transgenderism. The requirement to turn a marriage into a civil partnership or vice versa after reassignment guaranteed equality between different couples. There was thus no violation of Article 14 of the Convention.

2. The Court's assessment

61. The Court notes that Article 14 of the Convention complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions, and to this extent it is autonomous, there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter (see, for instance, E.B. v. France [GC], no. 43546/02, § 47, 22 January 2008; Karner v. Austria, no. 40016/98, § 32, ECHR 2003-IX; and Petrovic v. Austria, 27 March 1998, § 22, Reports of Judgments and Decisions 1998-II).
62. It is undisputed in the present case that the applicant's situation falls within the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention. Consequently, Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention applies.
63. The Court has established in its case-law that in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in treatment of persons in relevantly similar situations. Such a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a difference in treatment (see Burden v. the United Kingdom [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008).
64. On the one hand the Court has held repeatedly that, just like differences based on gender, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification (see Karner v. Austria, cited above, § 37; L. and V. v. Austria, nos. 39392/98 and 39829/98, § 45, ECHR 2003-I; and Smith and Grady v. the United Kingdom, nos. 33985/96 and 33986/96, § 90, ECHR 1999-VI). On the other hand, a wide margin is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy (see, for instance, Stec and Others v. the United Kingdom [GC], no. 65731/01, § 52, ECHR 2006-VI). The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see Petrovic v. Austria, cited above, § 38).
65. Turning to the present case, the Court notes that the applicant's complaints under Article 14 relate to the impossibility of obtaining a female identity number. The applicant is comparing her situation to the situation of any other person, including non-transgender persons and unmarried transgender persons. For the Court these situations are not sufficiently similar in order to be compared to each other. The applicant cannot therefore claim to be in the same situation as the other category of persons relied on.
66. Moreover, the Court notes that in essence the problem in the present case is caused by the fact that Finnish law does not allow same-sex marriages. The Court has already noted above (see paragraph 50) that, according to its case-law, Articles 8 and 12 do not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage (see Schalk and Kopf v. Austria, cited above, § 101). Nor can Article 14 taken in conjunction with Article 8 be interpreted as imposing an obligation on Contracting States to grant same-sex couples a right to remain married. Therefore, in the light of these findings, it cannot be said that the applicant has been discriminated against vis-à-vis other persons when not being able to obtain a female identity number, even assuming that she could be considered to be in a similar position to them.
67. In conclusion, the Court finds that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

GeniUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

III. REMAINDER OF THE APPLICATION

68. The applicant also complained under Article 3 of the Convention that by complicating the juridical side of changing gender the Finnish authorities had made themselves guilty of torture. She also complained under Article 14 of the Convention that she had been discriminated against because she had been denied reimbursement of certain medical costs to which other persons were entitled. She had been treated differently to any other person receiving medical treatment. Moreover, her wife was being placed in an unequal position vis-à-vis other spouses. Lastly, the applicant complained under Article 2 of Protocol No. 4 to the Convention that, due to the wrong indication of her gender in her passport, her freedom of movement was compromised.

69. In the light of all the material in its possession, and in so far as the matters complained of are within its competence, the Court finds that they do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or its Protocols. Accordingly, this part of the application must be rejected as manifestly ill-founded and declared inadmissible pursuant to Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. Declares the complaints concerning Articles 8, 12 and 14 of the Convention admissible and the remainder of the application inadmissible;

2. Holds that there has been no violation of Article 8 of the Convention;

3. Holds that there has been no violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention;

4. Holds that there is no need to examine the case under Article 12 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 13 November 2012, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Lawrence Early, Registrar
Lech Garlicki, President

GenIUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

Corte costituzionale tedesca (BVG), sentenza del 27 maggio 2008

Leitsatz

zum Beschluss des Ersten Senats vom 27. Mai 2008

– 1 BvL 10/05 –

§ 8 Abs. 1 Nr. 2 des Transsexuellengesetzes ist mit Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG nicht vereinbar, weil er einem verheirateten Transsexuellen, der sich geschlechtsändernden Operationen unterzogen hat, die Möglichkeit, die personenstandsrechtliche Anerkennung seiner neuen Geschlechtszugehörigkeit zu erhalten, nur einräumt, wenn seine Ehe zuvor geschieden wird.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

– 1 BvL 10/05 –

Im Namen des Volkes

In dem Verfahren zur verfassungsrechtlichen Prüfung,

ob § 8 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG) vom 10. September 1980 (BGBl I S. 1654 ff.) mit Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar ist

– Aussetzungs– und Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Schöneberg vom 8. August 2005 (70 III 271/03) –

hat das Bundesverfassungsgericht – Erster Senat – unter Mitwirkung der Richterin und Richter

Präsident Papier, Hohmann-Dennhardt, Bryde, Gaier, Eichberger, Schluckebier, Kirchhof, Masing

am 27. Mai 2008 beschlossen:

§ 8 Absatz 1 Nummer 2 des Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG) vom 10. September 1980 (Bundesgesetzblatt I Seite 1654) in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Passgesetzes und weiterer Vorschriften vom 20. Juli 2007 (Bundesgesetzblatt I Seite 1566) ist mit Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 6 Absatz 1 des Grundgesetzes nach Maßgabe der Gründe unvereinbar.

§ 8 Absatz 1 Nummer 2 des Transsexuellengesetzes ist bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung nicht anwendbar.

Gründe:

A.

1. Das Vorlageverfahren betrifft die Frage, ob es mit dem Grundgesetz vereinbar ist, die gerichtliche Feststellung und personenstandsrechtliche Anerkennung des durch operativen Eingriff geänderten Geschlechts eines Transsexuellen, an die Voraussetzung zu binden, dass der Betroffene nicht verheiratet ist.

I.

2. 1. Das Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG) vom 10. September 1980 (BGBl I S. 1654) in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Passgesetzes und weiterer Vorschriften vom 20. Juli 2007 (BGBl I S.1566) eröffnet einem Transsexuellen durch § 1 TSG die Möglichkeit, seinen Vornamen dem Geschlecht anzupassen, dem er sich zugehörig empfindet (sogenannte kleine Lösung). Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 TSG ist dafür Voraussetzung, dass er seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, nicht mehr in dem in seinem Geburtseintrag angegebenen, sondern entsprechend dem anderen Geschlecht, dem er sich zugehörig empfindet, zu leben (Nr. 1), dass mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sich sein Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird (Nr. 2), und schließlich, dass er Deutscher im Sinne des Grundgesetzes ist oder einen sonstigen in Nr. 3 aufgeführten Status besitzt. § 8 TSG sieht darüber hinaus ein Verfahren vor, in dem ein Transsexueller nach geschlechtsan-

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

passender Operation die Änderung seiner Geschlechtszugehörigkeit gerichtlich feststellen lassen kann, sodass er rechtlich dem neuen Geschlecht zugeordnet wird (sogenannte große Lösung). Die rechtliche Anerkennung des neuen Geschlechts setzt allerdings im Gegensatz zur Vornamensänderung nach § 1 TSG zusätzlich voraus, dass der Transsexuelle nicht verheiratet und dauernd fortpflanzungsunfähig ist.

3. § 8 Abs. 1 TSG hat folgenden Wortlaut:
4. Voraussetzungen
5. (1) Auf Antrag einer Person, die sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und die seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben, ist vom Gericht festzustellen, dass sie als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, wenn sie
6. 1. die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 erfüllt,
7. 2. nicht verheiratet ist,
8. 3. dauernd fortpflanzungsunfähig ist und
9. 4. sich einem ihre äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat, durch den eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht worden ist.
10. Will eine verheiratete Person, die sich aufgrund transsexueller Neigung einer Geschlechtsumwandlung unterzieht, die Feststellung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit nach § 8 TSG erreichen, muss sie sich demnach vorher von ihrem Ehepartner scheiden lassen. Ansonsten besteht die Ehe fort. Die operative Anpassung an das empfundene Geschlecht ist kein in § 1314 BGB aufgeführter Grund für eine Aufhebung der Ehe.
11. 2. Im Gesetzgebungsverfahren wurde einhellig die Auffassung vertreten, dass die Ehe eines verheirateten Transsexuellen dann keinen Bestand mehr haben solle, wenn es zur begehrten Feststellung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit nach § 8 TSG komme. Umstritten war jedoch, wie die Beendigung der Ehe erfolgen solle. So sah der Gesetzentwurf der Bundesregierung zunächst vor, dass mit Rechtskraft der Entscheidung nach § 8 TSG die bestehende Ehe des Transsexuellen als aufgelöst gelte und sich die Folgen der Auflösung nach den Vorschriften der Scheidung zu richten hätten (BTDrucks 8/2947, S. 6). Zur Begründung wurde ausgeführt, werde die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit von der vorherigen Auflösung der Ehe abhängig gemacht, müsse darüber zu einem Zeitpunkt befunden werden, an dem über die Frage der Zurechenbarkeit des Betroffenen zum anderen Geschlecht noch nicht entschieden sei. Dies verursache unnötige Kosten und beinhalte das Risiko, dass nach Scheidung dem Antrag des Transsexuellen nach § 8 TSG aus anderen Gründen doch nicht entsprochen werde. Zudem müsse die Ehe des Transsexuellen zerrüttet sein, um geschieden zu werden. Diese Voraussetzung sei keineswegs immer gegeben. In einem solchen Fall wäre der Transsexuelle mit dem Risiko einer Abweisung seiner Scheidungsklage belastet und könnte so im Ergebnis davon ausgeschlossen sein, von der „großen Lösung“ Gebrauch zu machen. Dies erscheine im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Oktober 1978 (BVerfGE 49, 286 ff.) problematisch. Insofern werde eine Regelung, nach der die Ehe aufgelöst werden müsse, wenn feststehe, dass sie zwischen zwei Menschen gleicher rechtlicher Geschlechtszugehörigkeit bestehe, dem Wesen der Ehe am sinnvollsten gerecht (BTDrucks 8/2947, S. 25).
12. Demgegenüber war der Bundesrat der Ansicht, die vorgesehene automatische Auflösung der Ehe sei mit der Bedeutung der Ehe nicht vereinbar. Im Interesse des anderen Ehegatten müsse es einem verheirateten Transsexuellen zugemutet werden, vor Durchführung des Verfahrens zur Feststellung seiner anderen Geschlechtszugehörigkeit eine Scheidung seiner Ehe durchzuführen, weil nur so die Scheidungsfolgen im Verfahrensverbund mit der Auflösung der Ehe geregelt werden könnten. Zudem werde auf diese Weise vermieden, dass der Ehegatte an dem Verfahren auf Änderung der Geschlechtszugehörigkeit beteiligt werden müsse, bei dem es um eine höchstpersönliche Angelegenheit des Antragstellers gehe, an dem sein mit ihm lebender Ehegatte nicht beteiligt werden sollte (BTDrucks 8/2947, S. 21).
13. Im Innenausschuss des Bundestages sprach sich die Mehrheit für die von der Bundesregierung vorgesehene Regelung aus, weil ein verheirateter Transsexueller durch die Notwendigkeit eines Scheidungsverfahrens mit ungewissem Ausgang neben der Last, die gerichtliche Feststellung der Änderung seiner Geschlechtszugehörigkeit zu erreichen, unverhältnismäßig stark belastet würde (BTDrucks 8/4120, S. 16). Im Vermittlungsverfahren setzte sich schließlich die Position des Bundesrates durch (Deutscher Bundestag, 8. Wp., Plenarprotokoll v. 4. Juli 1980, 230. Sitzung, S. 18683, 18687 f.), sodass die Feststellung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit Ehelosigkeit voraussetzt und damit die vorherige Scheidung der Ehe des Transsexuellen erfordert, der die Feststellung anstrebt.

II.

14. Der Antragsteller des Ausgangsverfahrens gehört personenstandsrechtlich dem männlichen Geschlecht an. Er begehrt die gerichtliche Feststellung gemäß § 8 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 TSG, dass er als dem weiblichen Geschlecht zugehörig anzusehen ist.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

15. 1. Der 1929 geborene Antragsteller ist seit 1952 verheiratet. Aus der Ehe sind drei Kinder hervorgegangen. Schon seit langem fühlt sich der Antragsteller dem weiblichen Geschlecht zugehörig. Aufgrund gerichtlicher Entscheidung nach § 1 TSG führt er seit dem Jahre 2001 einen weiblichen Vornamen. Im Jahre 2002 unterzog er sich einer geschlechtsumwandelnden Operation und beantragte danach zunächst, gemäß § 8 Abs. 1 und § 9 TSG vorab festzustellen, dass seinem Antrag auf Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht nur deshalb nicht entsprochen werden könne, weil er verheiratet sei. Dies stellte das Amtsgericht mit Beschluss vom 30. Juni 2003 fest.

16. Daraufhin hat der Antragsteller beantragt, gemäß § 8 Abs. 1 TSG festzustellen, dass er als dem weiblichen Geschlecht zugehörig anzusehen sei. Zur Begründung hat er ausgeführt, die Durchführung eines Scheidungsverfahrens, um die rechtliche Anerkennung seiner neuen Geschlechtszugehörigkeit zu erreichen, sei ihm nicht zumutbar. Seine Ehepartnerin lehne die Scheidung kategorisch ab. Er selbst sei von Geburt an eine Frau im männlichen Körper gewesen. Seine Ehe sei durch seine in der Hitlerzeit erlebten Traumatisierungen extrem belastet gewesen. Seine Ehefrau habe als einziger Mensch seine innere Einsamkeit durchbrechen können und seine Nöte mit ihm geteilt. Sie habe durch alle Irritationen hindurch, an der viele Ehen scheiterten, zu ihm gehalten, dies zu ihrer Lebensaufgabe gemacht und auf eine aussichtsreiche Karriere verzichtet. Seit 2001, seitdem der Antragsteller als Frau lebe und hervortrete, habe sich seine Ehe in eine gleichgeschlechtliche Wohngemeinschaft gewandelt. Die seelische und soziale Beziehung zwischen ihm und seiner Ehefrau sei nicht zerrüttet. Sie beide würden sich nicht trennen. Sie hätten über ein halbes Jahrhundert intensiv zusammengelebt, seien miteinander alt und reif und füreinander als Lebenspartnerinnen unersetzlich geworden. Eine Scheidung sei eine unzumutbare, sie überfordernde Beleidigung ihrer Gefühle. Es empöre sie, dass ihre kostbare Lebensgemeinschaft juristisch wie eine zerrüttete Ehe behandelt und durch Scheidung beendet werden solle. Sie weigerten sich, sich einem für herkömmliche Scheidungen vorgesehenen Trennungsritual zu unterziehen, zumal sie nicht über das Geld für zwei Haushalte verfügten. Wegen seiner Angst- und Panikattacken sei der Antragsteller ohne Präsenz seiner Partnerin auch nicht lebensfähig. Schließlich hätte eine Scheidung weitreichende finanzielle Nachteile, die sie beide zu tragen nicht bereit und in der Lage wären.

17. 2. Das Amtsgericht hat daraufhin mit Beschluss vom 8. August 2005 das Verfahren ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG die Frage zur Prüfung vorgelegt, ob § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts verstößt die Vorschrift gegen Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 GG sowie Art. 3 Abs. 1 GG.

18. Die vorbehaltlose Zugehörigkeit des Antragstellers zum weiblichen Geschlecht könne nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG nur unter der Voraussetzung festgestellt werden, dass sich der Antragsteller zuvor von seiner Ehefrau scheiden lasse und damit die Voraussetzung erfülle, nicht verheiratet zu sein. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm sei entscheidungserheblich, weil das Gericht im Falle ihrer Unvereinbarkeit mit Grundrechten des Antragstellers dem Antrag stattgeben würde.

19. Die Durchführung einer Scheidung könne dem Antragsteller nicht abverlangt werden. Der Antragsteller dürfe nicht vor die Wahl gestellt werden, entweder selbst die Voraussetzungen für die Änderung seines Personenstandes herbeizuführen, indem er einen Scheidungsantrag stellt und sodann die Feststellung der Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht betreibt, oder einen Scheidungsantrag nicht zu stellen und damit auf die Personenstandsänderung zu verzichten. Eine solche Wahlmöglichkeit habe der Antragsteller aus psychischen Gründen gerade nicht. Erwiesenermaßen stehe er unter dem Zwang, als Frau zu leben. Dies mache es ihm unmöglich, sich bei anhaltender Gewissheit, dem anderen Geschlecht zuzugehören, mit seinem Geburtsgeschlecht zu versöhnen. Dieser Zwang sei es gerade, der die Personenstandsänderung überhaupt rechtfertige. Wegen einer nicht therapierbaren Störung der Geschlechtsidentität werde es einer Person ermöglicht, mit allen rechtlichen Konsequenzen in ihrem Wunschgeschlecht zu leben. Es sei mit Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG nicht vereinbar, einen transsexuellen Menschen zu zwingen, sich scheiden zu lassen, um die Anerkennung seines empfundenen Geschlechts zu erlangen. Im Vordergrund stehe das Streben nach Übereinstimmung von Psyche und Physis des Betroffenen, nicht die Sexualität. Könne eine Ehescheidung nicht herbeigeführt werden, weil die Voraussetzungen dafür nicht vorlägen, dürfe dem Betroffenen die Personenstandsänderung nicht verweigert werden. Wie das Bundesverfassungsgericht ausgeführt habe, folge aus der Achtung der Menschenwürde und dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit das Gebot, den Personenstand des Menschen dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehöre.

20. Sowohl der Antragsteller als auch seine Ehefrau stünden zudem unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 1 GG. Es verstoße gegen diese Grundrechtsnorm, wenn die Personenstandsänderung des Antragstellers davon abhängig gemacht werde, dass seine Ehe zuvor geschieden werde. Angesichts dessen, dass die Ehegatten ihre Ehe nicht als gescheitert im Sinne von §§ 1564 f. BGB ansähen und ihre Lebensgemeinschaft fortsetzen wollten, um einander auch weiterhin beizustehen, lägen die Voraussetzungen für eine Ehescheidung nicht vor. Die Eheleute beabsichtigten auch nicht, getrennt zu leben. Unter diesen Umständen könne eine Scheidung nicht erfolgen. Ein Eheaufhebungstatbestand oder eine Nichtehe lägen ebenfalls nicht vor. Nach Ansicht des Gerichts reklamierten die Ehegatten zu Recht den Schutz

GeniUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

des Art. 6 Abs. 1 GG. Denn bis zum Augenblick der Personenstandsänderung bestehe eine Ehe verschiedengeschlechtlicher Partner. Lediglich die Absicht eines der Partner, aufgrund seiner Transsexualität demselben Geschlecht wie sein Ehepartner angehören zu wollen, sei kein Grund, dieser Ehe bereits im Vorfeld der Personenstandsänderung den Schutz zu versagen.

21. Eine Ehescheidung zur Voraussetzung für die personenstandsrechtliche Anerkennung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit zu machen, verstoße schließlich auch gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Verheirateten Transsexuellen würde gegenüber unverheirateten der Weg des § 8 TSG verschlossen. Bei der Beschränkung der Feststellung nach § 8 TSG auf nicht verheiratete Transsexuelle handele es sich um eine Differenzierung, die an personenbezogene Merkmale anknüpfe und sich erheblich auf das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen auswirke. Für den Ausschluss verheirateter Transsexueller seien keine Gründe ersichtlich, die nach Art und Gewicht eine Ungleichbehandlung mit Unverheirateten rechtfertigen könnten. Sinn und Zweck dieser Ungleichbehandlung sei es zu verhindern, dass aufgrund der Feststellung der Personenstandsänderung eines Verheirateten eine Ehe zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts entstehe, die dem Wesen der Ehe widerspreche. Das Entstehen einer solchen Konstellation könne aber auch vermieden werden, ohne die Ehegatten auf ein Scheidungsverfahren zu verweisen und ohne verheiratete Transsexuelle von der sogenannten großen Lösung auszuschließen. So habe der ursprüngliche Gesetzentwurf vorgesehen, im Verfahren nach § 8 TSG eine bestehende Ehe zeitgleich mit Rechtskraft der Entscheidung aufzulösen.

III.

22. Zu dem Vorlageverfahren haben das Bundesministerium des Innern namens der Bundesregierung, die Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung, der Lesben- und Schwulenverband, die Ökumenische Arbeitsgruppe Homosexuelle und Kirche, die Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität, die Transsexuelle Selbsthilfe München sowie der Deutsche Juristinnenbund Stellung genommen.

23. 1. Das Bundesministerium des Innern vertritt die Auffassung, § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG sei mit dem Grundgesetz vereinbar. Der Gesetzgeber habe mit dem Transsexuellengesetz Transsexuellen die Möglichkeit gegeben, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben. Zwar berühre die Beschränkung der Feststellung nach § 8 TSG auf nichtverheiratete Transsexuelle den Schutzbereich des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Dieser Eingriff sei jedoch gerechtfertigt. Es liege ein öffentliches Interesse vor, gleichgeschlechtliche Ehen zu verhindern, die ohne das gesetzliche Verbot des Bestehens einer Ehe mit der Feststellung der Personenstandsänderung bei verheirateten Transsexuellen unweigerlich entstehen würden. Der Eingriff werde zudem dadurch gemildert, dass die Ehe eines Transsexuellen zeitlich unmittelbar vor der gerichtlichen Entscheidung über den Geschlechtswechsel geschieden werden könne. Zudem sei in § 9 Abs. 1 TSG für den Fall bestehender Ehen eine Vorab-entscheidung vorgesehen, um für die Betroffenen möglicherweise bestehende Unsicherheiten zwischen der Ehescheidung und der Feststellung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit gering zu halten.

24. Der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG werde durch die Regelung dagegen nicht tangiert. Ob die Forderung der Ehelosigkeit den Kernbereich der Ehe verletze, müsse unter Berücksichtigung des eingeräumten Rechts, sein Geschlecht wechseln zu können, beurteilt werden. Der verheiratete Transsexuelle nehme ein rechtliches Institut in Anspruch, das als dauerhafte Gemeinschaft von Frau und Mann Partner unterschiedlichen Geschlechts voraussetze. Der transsexuelle Partner unterwerfe sich mit der Ehe einer von der Rechtsordnung und Gesellschaft vorgegebenen Geschlechtszuordnung. Wolle er die Zugehörigkeit zum anderen Geschlecht erreichen, gebe er damit zu erkennen, dass es ihm nicht um die Beibehaltung der Ehe gehe. Mit seiner Auffassung, im Falle des Antragstellers lägen die Voraussetzungen für eine Scheidung nicht vor, verkenne das vorlegende Gericht, dass die Prüfung, ob die Ehe gescheitert sei, allein das zuständige Familiengericht auf Antrag eines oder beider Ehegatten zu treffen hätte. Die Entscheidung, sich nicht scheiden lassen zu wollen, sei dem Antragsteller unbenommen. Ein Transsexueller könne aber nicht davon ausgehen, dass ihm aufgrund des möglichen Fortbestands der Ehe zusätzlich auch die Möglichkeit der Feststellung des Geschlechtswechsels eingeräumt werde. Würde der Wechsel der Geschlechtszugehörigkeit bei bestehender Ehe nicht verhindert, würde der Gesetzgeber damit das Institut der gleichgeschlechtlichen Ehe schaffen. Deshalb sei die das Verfahren hemmende Bedingung der Ehelosigkeit in § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG eingeführt worden. Die Gründe für diese Regelung hätten noch immer Bestand und seien höher zu bewerten als die Vorteile, die eine Eheauflösungsregelung im Rahmen des Feststellungsverfahrens für die Betroffenen mit sich brächte. Ehescheidung und Feststellungsverfahren könnten durch die Einholung einer Vorabentscheidung nach § 9 TSG nacheinander betrieben werden, ohne befürchten zu müssen, dass der Antrag nach § 8 TSG nach erfolgter Ehescheidung abgelehnt würde. Auch bei Eheauflösung im Zuge des Feststellungsverfahrens träten zunächst die Scheidungsfolgen ein, sodass die geschiedenen Ehegatten bis zur möglichen Begründung einer Eingetragenen Lebenspartnerschaft einen gewissen Zeitraum ohne gegenseitige familienrechtliche Absicherung auskommen müssten. Die Forderung nach Ehelosigkeit sei damit eine zur Vermeidung gleichgeschlechtlicher Ehen notwendige und auch verhältnismäßige Verfahrensvoraus-

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

setzung. Soweit darin eine Ungleichbehandlung von verheirateten und ledigen Antragstellern liege, sei diese gerechtfertigt.

25. 2. Nach Erkenntnissen der Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung orientiert sich die absolute Mehrheit der Frau-zu-Mann-Transsexuellen sexuell auf Frauen, während sich bei der sehr viel heterogeneren Gruppe der Mann-zu-Frau-Transsexuellen ein breites Spektrum sexueller Orientierungen findet.

26. Viele der Mann-zu-Frau-Transsexuellen seien verheiratet und hätten oft auch Kinder. Sie hätten oft jahrelang mit psychischem Leidensdruck versucht, ihren transsexuellen Wunsch zu unterdrücken, um ihre Ehe oder Familie nicht zu gefährden. Wenn ihnen dies schließlich nicht mehr gelinge, würden viele dieser Ehen auseinanderbrechen. Bei den anderen Ehen komme es nach einer konflikthaften Auseinandersetzung zu dem Beschluss der Ehepartner, trotz des Geschlechtswechsels des Ehemannes zusammen zu bleiben. Den betroffenen Ehefrauen seien die Beziehung zu dem Ehepartner und dessen psychische Gesundheit wichtiger als dessen Beibehaltung des Geschlechts. Das Sexualleben der Eheleute sei in der Regel erloschen, während gegenseitige Liebe und Fürsorge nach wie vor stark empfunden würden. Das Durchlebte schweiße die Paare oft noch mehr zusammen und vertiefe ihre Bindung. Sie wollten verheiratet bleiben und sähen ihre Ehe nicht als zerrüttet an. Die mit dem Transsexuellengesetz eröffnete Möglichkeit, ihre Ehe aufrechtzuerhalten und zumindest mit dem nach § 1 TSG geänderten Vornamen das transsexuelle Empfinden rechtlich anerkannt zu bekommen, habe sich für diese Gruppe Mann-zu-Frau-Transsexueller als Linderung ihres Leidensdrucks erwiesen. Allerdings seien sie damit rechtlich und symbolisch nicht ganz in ihrem Identitätsgeschlecht angekommen und würden immer wieder auf ihr „abgelegtes“ Geschlecht zurückverwiesen. Viele nähmen den damit verbundenen psychischen Leidensdruck hin, weil die einzige Alternative, die Scheidung der Ehe, für sie mit noch erheblich größerem Leidensdruck verbunden wäre. Die seit einiger Zeit bestehende Möglichkeit, sich scheiden zu lassen und eine eingetragene Lebenspartnerschaft einzugehen, werde von den Ehepaaren nicht als Lösung des Problems empfunden, weil sie ihre Ehe nicht für zerrüttet hielten, sie die im Rahmen des Scheidungsverfahrens vorgeschriebene Trennungsphase als psychisch destabilisierende Bedrohung betrachteten und die Lebenspartnerschaft mit dem „Label“ der Homosexualität verbunden sei, sie aber ihre Beziehung nicht als gleichgeschlechtlich empfinden würden. Zudem wollten die Transsexuellen ihren Ehepartnern, denen sie dankbar seien, nicht materielle Verschlechterungen zumuten, die mit dem Wechsel von der Ehe zur Lebenspartnerschaft einhergingen.

27. Aus diesen Ergebnissen ihrer Studien zur Befindlichkeit verheirateter Transsexueller und ihrer Ehepartner zieht die Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung den Schluss, die Tatsache, dass ein verheirateter, die Voraussetzungen des § 1 TSG erfüllender Transsexueller seine nicht als zerrüttet erlebte Ehe nicht auflösen wolle, begründe nach dem wissenschaftlich-klinischen Erkenntnisstand keinen Zweifel an seiner Transsexualität und rechtfertige damit nicht die Verweigerung der Personenstandsänderung.

28. 3. Der Lesben- und Schwulenverband hält § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG für verfassungswidrig, weil er das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des Antragstellers in unzumutbarer Weise verletze, indem er für die Feststellung der Änderung der Geschlechtszugehörigkeit verlange, dass der Antragsteller nicht verheiratet ist. Die Voraussetzungen für eine Ehescheidung lägen beim Antragsteller und seiner Ehefrau nicht vor. Beide hielten nach über fünfzigjähriger Ehe an dieser fest. Die Vermutung des Scheiterns der Ehe nach Trennung gemäß § 1566 BGB trage nicht, weil die Trennung neben der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft voraussetze, dass zumindest ein Ehegatte die häusliche Gemeinschaft erkennbar nicht wieder herstellen wolle. Dies sei vorliegend nicht der Fall, denn beide Ehegatten wollten an der Ehe festhalten. Die Scheidung könne deshalb nur durch das unwahre Vorbringen des Antragstellers herbeigeführt werden, er lehne die häusliche Gemeinschaft ab.

29. Die Forderung, sich vor der Änderung der Geschlechtszugehörigkeit zunächst scheiden zu lassen, sei unverhältnismäßig. Dadurch solle der Eindruck gleichgeschlechtlicher Ehen vermieden werden. Dies widerspreche aber bei Transsexuellen, die wie der Antragsteller an der Ehe festhalten wollten, dem Verfassungsgebot des Art. 6 Abs. 1 GG, dass der Staat funktionierende Ehen schützen müsse. Diesem Gebot komme hier besonderes Gewicht zu, weil von der Forderung einer vorherigen Scheidung auch die Ehefrau des Antragstellers betroffen sei. Diese habe über Jahrzehnte hinweg immer zu dem in der Hitlerzeit schwer traumatisierten Antragsteller gehalten, habe ihn unterstützend begleitet und wolle das auch weiterhin tun. Sie dürfe deshalb nicht gezwungen werden, sich scheiden zu lassen, damit das Geschlecht des Antragstellers im Geburtenbuch berichtigt werden könne. Deshalb verstoße auch die im Gesetzgebungsverfahren erörterte Aufhebungslösung gegen Art. 6 Abs. 1 GG. Der Staat müsse Ehen schützen, er dürfe sie nicht gegen den Willen der Ehegatten aufheben oder diese zwingen, die Scheidung zu beantragen. Außerdem könnten die Ehegatten nach Scheidung und Änderung der Geschlechtszugehörigkeit des Antragstellers nur eine Lebenspartnerschaft eingehen, die der Ehefrau des Antragstellers gegenüber der Ehe Versorgungsnachteile bringen würde. Demgegenüber sei das Ziel des Gesetzgebers, den Anschein gleichgeschlechtlicher Ehen zu verhindern, nicht von solchem Gewicht, dass es den schwerwiegenden Eingriff in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des Antragstellers rechtfertigen könnte. Zur Beseitigung des Verfassungsverstoßes könne der Gesetzgeber § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG ersatzlos streichen oder Transsexuellen, die mit ihren Ehegatten weiter zusammenleben wollten,

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

die Möglichkeit einräumen, dass die Ehe auf übereinstimmenden Antrag beider mit Rechtskraft der Entscheidung über die Personenstandsänderung in eine Lebenspartnerschaft umgewandelt würde, auf die die für Ehen geltenden Vorschriften anzuwenden seien.

30. 4. Die Ökumenische Arbeitsgruppe Homosexuelle und Kirche stimmt der Argumentation des vorlegenden Amtsgerichts zu. Die Voraussetzungen für eine Scheidung lägen beim Antragsteller nicht vor. Diese sei auch nicht zumutbar, da der Antragsteller wahrheitswidrig eine Trennungsabsicht vortragen müsse, was von der Rechtsordnung zu missbilligen sei.

31. 5. Die Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität ist der Meinung, die vorgelegte Norm sei mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Wenn das Gesetz zulasse, dass Menschen unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG verheiratet bleiben dürften, auch wenn ein Partner Transgender sei und die rechtliche Möglichkeit sozialer Anerkennung seines Geschlechts durch Änderung seines Vornamens in Anspruch genommen habe, dann sei es lediglich ein „scheinheiliger juristischer Trick", um Geschlechternormen aufrecht zu erhalten, wenn auf der anderen Seite gefordert werde, dass ein Mensch, der seine Geschlechtszugehörigkeit ändern wolle, unverheiratet sein müsse. Verschärft werde die Ungleichbehandlung auch dadurch, dass Transgender in einer Eingetragenen Lebenspartnerschaft selbstverständlich ohne Nachweis der Auflösung dieser Partnerschaft das Recht hätten, ihre Geschlechtszugehörigkeit ändern zu lassen.

32. Im Übrigen schließe man sich der Auffassung des vorlegenden Amtsgerichts an. Dabei sei die rechtliche Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Scheidung eines verheirateten Transsexuellen nicht auf Fälle hohen Lebensalters und langer Ehezeit beschränkt. Jedes betroffene Ehepaar, vor allem mit gemeinsamen Kindern, sei unter den Schutz von Art. 1, Art. 2, Art. 3 und Art. 6 GG zu stellen und dürfe nicht durch ein Gesetz diskriminiert werden, das ihm diesen Schutz praktisch entziehe. Eine Umschreibung der Ehe in eine Eingetragene Lebenspartnerschaft komme nur in Betracht, wenn den Betroffenen damit die gleichen Rechte wie in der Ehe zugebilligt würden.

33. Aus eigener Beratungserfahrung wisse man sowohl von Fällen, in denen entgegen der rechtlichen Bestimmungen Ehescheidungen durchgeführt wurden, obwohl der Transsexuelle und sein Ehegatte nach wie vor zusammenlebten, als auch von solchen, in denen das Gericht die Scheidung verweigert habe, weil dem Richter klar gewesen sei, dass kein Trennungswille bei den Ehegatten vorgelegen habe.

34. 6. Die Transsexuellen Selbsthilfe München meint, § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG verstoße gegen Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 GG. Zu fragen sei, warum sich ein heute 78-Jähriger nach über 50 Jahren funktionierender Ehe zuerst scheiden lassen müsse, um dann nach dem Scheidungsprocedere und der Feststellung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit wieder mit derselben Frau eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft führen zu können, wenn sich beide Partner nicht scheiden lassen wollten und in gewohnter Eintracht den Lebensabend gemeinsam anstrebten. Nur ein geringer Prozentsatz der Ehen bliebe nach einer operativen Geschlechtsumwandlung eines Ehegatten bestehen. Der Gesetzgeber sollte diese Trennungen nicht auch noch forcieren. Er sollte vielmehr die Möglichkeit in Betracht ziehen, in solchen Fällen wie dem des Antragstellers die geschlossene Ehe vertraglich in eine Lebensgemeinschaft umschreiben zu lassen.

35. 7. Der Deutsche Juristinnenbund ist der Ansicht, § 8 TSG sei verfassungswidrig, soweit er einem Transsexuellen die Feststellung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit verwehrt, wenn er verheiratet ist. Die Scheidungsvoraussetzungen lägen beim Antragsteller nicht vor, weil die Eheleute die Ehe fortsetzen wollten. Der Transsexuelle müsste deshalb im Scheidungsverfahren mit der Zerrüttung der Ehe Tatsachen vortragen, die nicht mit der Realität übereinstimmten, und insoweit einen Prozessbetrug begehen. Neben dem Recht auf sexuelle Identität aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verletze § 8 TSG auch Art. 6 Abs. 1 GG. Die Ehe eines Transsexuellen verliere durch dessen Geschlechtsumwandlung nicht ihren verfassungsrechtlichen Schutz. Einem verheirateten Transsexuellen, der in dem Dilemma lebe, dass Körper und Geschlechtszugehörigkeit nicht zueinander passten, könne nicht auch noch zugemutet werden, seine Ehe zu beenden und damit die Fürsorge des Ehepartners zu verlieren, um im anderen Geschlecht rechtlich anerkannt zu werden. Es sei davon auszugehen, dass es nur einige wenige Fälle geben werde, in denen bei Ermöglichung der Personenstandsänderung auch für verheiratete Transsexuelle dann zwei gleichgeschlechtliche Partner verheiratet wären. Dies wäre sowohl der Gesellschaft als auch der allgemeinen Rechtsordnung zuzumuten, jedenfalls in Fällen wie dem des Antragstellers. Im Übrigen könne man sich nicht der Ansicht anschließen, dass die Ehe nur mit einem Partner des jeweils anderen Geschlechts geschlossen werden könne, weil ihr als Wesensmerkmal die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner innewohne. So stehe zum Beispiel in den Niederlanden die Ehe inzwischen auch gleichgeschlechtlichen Paaren offen.

B.

36. Das Transsexuellengesetz ist mit Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG nicht vereinbar, soweit es in § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG für die gerichtliche Feststellung der anderen als der im Geburtseintrag angegebenen Geschlechtszugehörigkeit verlangt, dass ein antragstellender Transsexuel-

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

ler, der die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 TSG erfüllt, sich einem seine äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat und dauernd fortpflanzungsunfähig ist, darüber hinaus unverheiratet sein muss, und das Gesetz einem verheirateten Transsexuellen keine Möglichkeit eröffnet, die rechtliche Anerkennung seiner Geschlechtsänderung ohne Beendigung seiner rechtlich gesicherten Partnerschaft zu erlangen.

I.

37. 1. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG bietet der engeren persönlichen Lebenssphäre Schutz, zu der auch der Sexualbereich gehört, der die sexuelle Selbstbestimmung des Menschen und damit das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität sowie der eigenen sexuellen Orientierung umfasst. In diese Sphäre, die zum intimsten Bereich der Persönlichkeit gehört, darf nur bei Vorliegen besonderer öffentlicher Belange eingegriffen werden (vgl. BVerfGE 49, 286 <298>; 115, 1 <14>).

38. Das Geschlecht eines Menschen kann sich ändern. Die Zugehörigkeit zu einem Geschlecht richtet sich zwar rechtlich zunächst nach den äußeren Geschlechtsmerkmalen im Zeitpunkt der Geburt. Allein danach kann sie jedoch nicht bestimmt werden. Sie hängt wesentlich auch von der psychischen Konstitution eines Menschen und seiner nachhaltig selbst empfundenen Geschlechtlichkeit ab (vgl. BVerfGE 115, 1 <15>). Widerspricht wie bei Transsexuellen das eigene Geschlechtsempfinden den äußeren Geschlechtsmerkmalen und hat sich ein Transsexueller zur Annäherung an das Erscheinungsbild des empfundenen Geschlechts operativen Eingriffen unterzogen, um seine Physis mit seiner Psyche in Übereinstimmung zu bringen, gebieten es die Menschenwürde und das Grundrecht auf Schutz der Persönlichkeit, dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen Rechnung zu tragen, seine neue geschlechtliche Identität anzuerkennen und seinen Personenstand dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nunmehr nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehört (vgl. BVerfGE 49, 286 <298>; 116, 243 <264>).

39. 2. Dem trägt § 8 TSG grundsätzlich Rechnung. Er ermöglicht einer Person, die sich aufgrund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und sich deshalb einer geschlechtsumwandelnden Operation unterzogen hat, unter den im Gesetz bestimmten Voraussetzungen auf Antrag gerichtlich festgestellt zu erhalten, dass sie als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen, also personenstandsrechtlich diesem Geschlecht zuzuordnen ist. Ab der Rechtskraft der gerichtlichen Feststellung richten sich gemäß § 10 Abs. 1 TSG ihre vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten nach dem neuen Geschlecht.

40. 3. Das aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG folgende Recht auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität wird für verheiratete Transsexuelle durch Art. 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG allerdings substantiell beschränkt. Dies ist nur zulässig, wenn die Beschränkung durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt und verhältnismäßig ist.

41. Das von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht auf personenstandsrechtliche Zuordnung zum psychisch empfundenen und mittels Operationen auch physisch gewandelten Geschlecht wird dadurch eingeschränkt, dass § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG als Voraussetzung für die Feststellung und rechtliche Anerkennung der anderen Geschlechtszugehörigkeit verlangt, dass der antragstellende Transsexuelle nicht verheiratet ist. Ein verheirateter Transsexueller, der erst im Laufe der Ehe seine Transsexualität entdeckt hat oder sich, wie der Antragsteller, dazu entschlossen hat, sein bisher unterdrücktes Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht zu offenbaren und sich diesem Geschlecht durch operativen Eingriff auch körperlich angleichen zu lassen, wird mit dieser Voraussetzung der Ehelosigkeit in der Wahrnehmung und Ausübung seines Rechts auf personenstandsrechtliche Zuordnung zum anderen Geschlecht beeinträchtigt. Mit ihr wird er vor die Alternative gestellt, entweder an seiner Ehe festzuhalten, dann aber trotz bereits stattgefundener körperlicher Geschlechtsumwandlung keine rechtliche Anerkennung seiner neuen Geschlechtsidentität zu erhalten, vielmehr lediglich gemäß § 1 TSG einen geänderten, seinem neuen Geschlecht entsprechenden Vornamen führen zu können, da die Vornamensänderung die Ehelosigkeit nicht voraussetzt. Oder er muss sich scheiden lassen, um alle Voraussetzungen des § 8 TSG zu erfüllen und die gerichtliche Feststellung seiner Zugehörigkeit zum neuen Geschlecht erlangen zu können, auch wenn er und sein Ehegatte weiterhin ehelich verbunden bleiben wollen und er damit nicht nur gegen den eigenen Wunsch und den seines Ehegatten handelt, sondern auch fraglich ist, ob seine Ehe mangels Scheiterns überhaupt geschieden wird. Will er mit Rücksicht darauf seine Ehe nicht scheiden lassen, versagt ihm die Norm die Möglichkeit, die Zugehörigkeit zum empfundenen und gewandelten Geschlecht feststellen zu lassen.

42. 4. Diese Einschränkung des Anspruchs auf personenstandsrechtliche Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität ist eine Regelung, mit der der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen hat, dass einem verheirateten Transsexuellen die rechtliche Anerkennung seiner Zugehörigkeit zum empfundenen und gewandelten Geschlecht dauerhaft versagt bleibt, wenn dieser nicht bereit ist, seine Ehe scheiden zu lassen. Auf diese Weise wollte der Gesetzgeber das Bestehen von Ehen ausschließen, bei denen die Ehegatten auch rechtlich dem gleichen Geschlecht zugeordnet sind. Als Beschränkung des in den intimsten Bereich der Persönlichkeit hineinreichenden Rechts auf Anerkennung der selbst-

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

bestimmten geschlechtlichen Identität, das sich aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG herleitet und damit in der Menschenwürde wurzelt, ist sie nur zulässig, wenn sie durch ein legitimes Ziel getragen und in der Ausgestaltung verhältnismäßig ist.

43. 5. Die Vorenthaltung der rechtlichen Zuordnung zum empfundenen und gewandelten Geschlecht, die verheirateten Transsexuellen durch § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG widerfährt, ist nicht gerechtfertigt. Die Norm ist verfassungswidrig, weil sie einem Transsexuellen nicht die Möglichkeit einräumt, die rechtliche Anerkennung seiner neuen Geschlechtszugehörigkeit zu erhalten, ohne dass seine rechtlich gesicherte Partnerschaft ein Ende findet.

44. a) Allerdings verfolgt der Gesetzgeber mit der in § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG für die rechtliche Anerkennung des geänderten Geschlechts eines Transsexuellen aufgestellten Voraussetzung der Ehelosigkeit ein legitimes Gemeinwohlziel.

45. Bei der Ausformung der Ehe muss er die wesentlichen Strukturprinzipien beachten, die sich aus der Anknüpfung des Art. 6 Abs. 1 GG, der die Ehe unter besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt, an die vorgefundene Lebensform in Verbindung mit dem Freiheitscharakter des verbürgten Grundrechts und anderen Verfassungsnormen ergeben (vgl. BVerfGE 31, 58 <69>; 105, 313 <345>). Zum Gehalt der Ehe, wie er sich ungeachtet des gesellschaftlichen Wandels und der damit einhergehenden Änderungen ihrer rechtlichen Gestaltung bewahrt und durch das Grundgesetz seine Prägung bekommen hat, gehört, dass sie die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist, begründet auf freiem Entschluss unter Mitwirkung des Staates (vgl. BVerfGE 10, 59 <66>; 29, 166 <176>; 62, 323 <330>; 105, 313 <345>). Vor diesem Hintergrund ist es ein legitimes Anliegen, wenn der Gesetzgeber mit § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG verhindern will, dass durch die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsänderung eines verheirateten Transsexuellen Ehen entstehen, in denen die Ehegatten auch rechtlich dem gleichen Geschlecht zugehören.

46. b) Die Regelung ist auch geeignet und erforderlich, um zu verhindern, dass es Ehen gibt, in denen die Ehegatten personenstandsrechtlich dem gleichen Geschlecht zugeordnet sind und hierdurch der falsche Eindruck erweckt wird, auch gleichgeschlechtliche Paare könnten die Ehe eingehen.

47. Zwar kann allein schon das äußere Erscheinungsbild eines verheirateten Transsexuellen den Anschein vermitteln, er führe eine gleichgeschlechtliche Ehe. Bestärkt wird dieser Eindruck zudem durch die in § 1 TSG auch einem verheirateten Transsexuellen eingeräumte Möglichkeit, seinen Vornamen zu ändern und dem empfundenen und gewandelten Geschlecht anzupassen. Wenn sich an diesem äußerlichen Eindruck auch nur wenig durch eine rechtliche Zuordnung des Transsexuellen zum anderen als dem Geburtsgeschlecht ändert, entfällt doch nicht die Eignung von § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG, gleichgeschlechtliche Ehen rechtlich auszuschließen.

48. Auch ist die im Gesetzgebungsverfahren erörterte Möglichkeit, die Ehe eines verheirateten Transsexuellen mit Rechtskraft der rechtlichen Anerkennung seines geänderten Geschlechts kraft Gesetzes aufzulösen, kein milderes Mittel gegenüber der Regelung in § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG. Die Ehegatten müssen zwar bei dieser Lösung keine Trennungszeit auf sich nehmen, die erforderlich ist, um sich scheiden lassen zu können und so dem transsexuellen Partner die rechtliche Anerkennung seines neuen Geschlechts zu ermöglichen. Ihre Ehe findet aber auch in diesem Fall als rechtlich abgesicherte Partnerschaft durch Auflösung ein Ende, was gleichermaßen einhergeht mit dem Verlust von Rechten, die mit der Ehe verbunden sind. Zudem wollte der Gesetzgeber mit der in § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG gewählten Lösung zum Schutz der Intimsphäre des Transsexuellen erreichen, dass dessen Ehegatte nicht an dem Verfahren zur gerichtlichen Feststellung seiner Zugehörigkeit zum anderen Geschlecht zu beteiligen ist. Dies setzt voraus, dass die Ehe vor dem Feststellungsverfahren nach § 8 TSG geschieden ist.

49. c) Die Beeinträchtigung, die ein verheirateter Transsexueller dadurch erfährt, dass § 8 TSG die Feststellung seiner Zugehörigkeit zum empfundenen und gewandelten Geschlecht an die Voraussetzung knüpft, nicht verheiratet zu sein, ist aber unverhältnismäßig im engeren Sinne. Es ist einem verheirateten Transsexuellen, der sich zur Annäherung an sein empfundenes Geschlecht operativen Eingriffen unterzogen hat und die sonstigen Voraussetzungen des § 8 TSG erfüllt, nicht zumutbar, dass seine rechtliche Anerkennung im neuen Geschlecht voraussetzt, dass er sich von seinem Ehegatten, mit dem er rechtlich verbunden ist und zusammenbleiben will, scheiden lässt, ohne dass ihm ermöglicht wird, seine ehelich begründete Lebensgemeinschaft in anderer, aber gleich gesicherter Form fortzusetzen.

50. aa) Das gesetzgeberische Anliegen, das Rechtsinstitut der Ehe, die unter dem besonderen Schutz von Art. 6 Abs. 1 GG steht, als Form des rechtlich abgesicherten Zusammenlebens ausschließlich Mann und Frau, also Partnern verschiedenen Geschlechts, vorzubehalten, ist von hohem Gewicht. In Konsequenz dieser Zielsetzung hat der Gesetzgeber das Institut der Eingetragenen Lebenspartnerschaft geschaffen, um auch gleichgeschlechtlichen Paaren eine rechtlich abgesicherte Partnerschaft zu ermöglichen. Dass er dabei jeweils auf das personenstandsrechtlich festgestellte Geschlecht abgestellt hat, ist grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BVerfGE 115, 1 <23>).

51. Die rechtliche Anerkennung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit eines verheirateten Transsexuellen würde dazu führen, dass seine Ehe infolge dessen von Partnern des gleichen Geschlechts fortgeführt würde. Zwar würde die Ehe damit gleichgeschlechtlichen Paaren nicht eröffnet. Doch Ehen bisher ver-

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

schiedengeschlechtlicher Partner könnten sich in solche gleichgeschlechtlicher Partner wandeln. Auch wenn der Gesetzgeber es hinnimmt, dass aufgrund bestimmter Paarkonstellationen schon nach derzeitiger Rechtslage nicht nur der Eindruck entstehen kann, gleichgeschlechtliche Ehen könnten geführt werden, sondern dies auch im Tatsächlichen aufgrund des empfundenen oder durch operative Eingriffe gewandelten Geschlechts eines Ehepartners der Fall ist, bleibt es doch ein berechtigtes Bestreben des Gesetzgebers, am Strukturmerkmal der Ehe als einer Vereinigung von Mann und Frau festzuhalten.

52. So können verheiratete Transsexuelle nach § 1 TSG ihren Vornamen entsprechend ihrem empfundenen Geschlecht ändern und ihre Ehe weiterführen. Auch steht homosexuell orientierten Transsexuellen ohne Geschlechtsumwandlung nach einer Vornamensänderung die Möglichkeit offen, ohne Verlust dieses Vornamens eine Ehe einzugehen. Von den durch das Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Alternativen, homosexuell orientierten Transsexuellen ohne Geschlechtsumwandlung durch personenstandsrechtliche Anerkennung ihres empfundenen Geschlechts oder durch entsprechende Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes das Eingehen einer Eingetragenen Lebenspartnerschaft zu ermöglichen (vgl. BVerfGE 115, 1 <25>), hat der Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht. Vielmehr ist er hier bisher untätig geblieben. Damit gilt die vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 6. Dezember 2005 getroffene Übergangsregelung, nach der § 7 Abs. 1 Nr. 3 TSG keine Anwendung findet und somit ein Transsexueller mit Vornamensänderung nach § 1 TSG eine Ehe eingehen kann, ohne den geänderten Vornamen zu verlieren. Auch hierdurch kann der Eindruck entstehen, die Ehe sei gleichgeschlechtlichen Paaren zugänglich. Und schließlich ändert auch die operative Geschlechtsumwandlung eines verheirateten Transsexuellen nichts am Bestand seiner Ehe. Auch wenn der Gesetzgeber in all diesen Fällen den Anschein gleichgeschlechtlicher Ehen hinnimmt, verliert damit sein Anliegen nicht an Gewicht, jedenfalls keine Ehe zuzulassen, in der auch personenstandsrechtlich feststeht, dass in ihr zwei gleichgeschlechtliche Partner miteinander verbunden sind.

53. bb) Demgegenüber wiegt aber auch die Beeinträchtigung schwer, die ein verheirateter Transsexueller durch § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG erfährt. Er gerät in tiefen inneren Konflikt, weil er vor eine Alternative gestellt wird, die, gleich, wie er sich entscheidet, ihm aufzwingt, auf etwas zu verzichten, was für sein Leben existentiell ist. Es ist unzumutbar, wenn von ihm zur Wahrnehmung und Durchsetzung seines auf Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gründenden Rechts auf personenstandsrechtliche Anerkennung seines empfundenen und durch operative Eingriffe gewandelten Geschlechts verlangt wird, dass er sich vorher von seinem Ehegatten scheiden lässt.

54. (1) Mit der Ehelosigkeit wird die rechtliche Anerkennung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit an eine Voraussetzung geknüpft, die ein verheirateter Transsexueller, dessen Partnerschaft Bestand hat, nur unter Inkaufnahme unzumutbarer Belastungen erfüllen kann. Denn die Scheidung, die dafür erforderlich ist, setzt ihrerseits das Scheitern der Ehe voraus. Nach § 1565 Abs. 1 BGB ist eine Ehe aber nur dann gescheitert, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen. Die Ehegatten müssen also den Willen haben, sich dauerhaft zu trennen. Dies ist aber bei einem Transsexuellen, der an seiner als Ehe rechtlich abgesicherten Partnerschaft festhalten will, nicht der Fall. Insofern kann die Ehe mangels Scheiterns nicht geschieden werden. So bleibt ihm der Weg versperrt, über die Scheidung zur Anerkennung seiner geänderten Geschlechtszugehörigkeit zu gelangen, es sei denn, er täuscht im Scheidungsverfahren eine dauerhaft beabsichtigte Trennung vom Ehegatten vor. Beides ist ihm nicht zumutbar, denn entweder ist ihm damit die Möglichkeit verschlossen, zur rechtlichen Anerkennung seines empfundenen und gewandelten Geschlechts zu gelangen, oder er müsste vor Gericht wahrheitswidrige Angaben machen.

55. Dabei kann dahinstehen, ob eine Scheidung doch möglich wäre, wenn die Ehegatten, obwohl sie auf Dauer zusammenbleiben wollen, eine dreijährige Trennungszeit auf sich nehmen, bei der nach § 1566 Abs. 2 BGB die unwiderlegliche Vermutung gilt, dass die Ehe gescheitert ist. Denn es ist unverhältnismäßig, von einem Paar, das eigentlich zusammenbleiben möchte, eine so lange Trennungszeit zu verlangen, damit es den Nachweis für das angebliche Scheitern der Ehe führen kann und geschieden wird, sodass der transsexuelle Ehepartner die Voraussetzung des § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG erfüllt. Denn der eigentliche Grund für das Erfordernis der Ehelosigkeit in § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG steht nicht mit dem Scheitern der Ehe in Zusammenhang, sondern liegt in der gesetzgeberischen Absicht, keine Ehen gleichgeschlechtlicher Partner zuzulassen.

56. (2) Vor allem aber wird durch § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG die bestehende Ehe des verheirateten Transsexuellen, der die rechtliche Anerkennung seines empfundenen und gewandelten Geschlechts anstrebt, in erheblichem Maße beeinträchtigt, die unter dem besonderen Schutz von Art. 6 Abs. 1 GG steht. Dabei ist von zusätzlichem Gewicht, dass nicht nur er selbst von dieser Beeinträchtigung betroffen ist, sondern auch sein Ehegatte.

57. (a) Zum Gehalt der Ehe gehört, dass sie eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft von Mann und Frau ist, in der die gleichberechtigten Partner zueinanderstehen (vgl. BVerfGE 105, 313 <345>). Insofern schützt Art. 6 Abs. 1 GG die Ehe in ihrem Bestand als Verantwortungsgemeinschaft und garantiert eine Sphäre privater Lebensgestaltung, die staatlicher Einwirkung entzogen ist (vgl. BVerfGE 107, 27 <53>). Die Eheleute können selbst bestimmen, wie sie ihre Ehe führen. Drängt der Staat Ehegatten zur

GeniUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Scheidung ihrer Ehe, dann läuft dies nicht nur dem Strukturmerkmal der Ehe als dauerhafter Lebens- und Verantwortungsgemeinschaft zuwider. Es wird damit auch der bestehenden Ehe der ihr von Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistete Schutz entzogen. Darüber hinaus werden die Ehepartner in ihrer Entscheidungsfreiheit, dauerhaft ehelich zusammenzuleben, und in ihrem Vertrauen auf den ihrer Ehe zukommenden Bestandsschutz schwer beeinträchtigt.

58. Auch die Ehe von Ehegatten, in denen einer von ihnen während der Ehezeit seine Transsexualität entdeckt oder offenbart und entsprechend seinem empfundenen oder während der Ehe durch operative Eingriffe gewandelten Geschlecht lebt, fällt unter den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG. Sie ist als Ehe zwischen einem Mann und einer Frau rechtmäßig zustandegekommen und hat bei ihrem Eingehen allen Merkmalen entsprochen, die den Gehalt der Ehe ausmachen. Solange der Gesetzgeber für das Eingehen der Ehe die Geschlechtlichkeit eines Menschen danach bestimmt, wie er personenstandsrechtlich zugeordnet ist, und das empfundene Geschlecht eines Transsexuellen personenstandsrechtlich nicht anerkennt, können Transsexuelle zur rechtlichen Absicherung einer Partnerschaft mit einem Partner, der personenstandsrechtlich dem anderen Geschlecht angehört, nur die ihnen eröffnete Ehe eingehen. Beschreiten sie diesen ihnen rechtlich zugewiesenen Weg und schließen eine Ehe, dann genießt diese uneingeschränkt den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG.

59. Dieser Schutz entfällt auch nicht dadurch, dass der transsexuelle Ehegatte während der Ehe durch operative Eingriffe seine äußeren Geschlechtsmerkmale dem empfundenen Geschlecht anpasst. Damit wird die Ehe zwar im Tatsächlichen und nach ihrem äußeren Erscheinungsbild nunmehr von gleichgeschlechtlichen Partnern geführt. Sie ist aber weiterhin eine dauerhafte Lebens- und Verantwortungsgemeinschaft von zwei Ehegatten, die als solche vom grundrechtlichen Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG nicht ausgenommen ist. Strebt ein verheirateter Transsexueller nach geschlechtsumwandelnder Operation die rechtliche Anerkennung seines empfundenen Geschlechts an, bringt er damit weder zum Ausdruck, dass es ihm nicht um die Beibehaltung seiner Ehe geht, wie das Bundesministerium des Innern für die Bundesregierung meint, noch liegt darin ein Verzicht auf den Schutz der Ehe aus Art. 6 Abs. 1 GG. Wie der Fall des Antragstellers belegt, ist mit dem Wunsch eines verheirateten Transsexuellen nach Anerkennung seiner neuen Geschlechtszugehörigkeit keineswegs immer eine Abwendung von seinem Ehepartner verbunden oder kommt es dadurch seitens des anderen Ehegatten zu einer Trennung. Wenn aber der Wille beider Ehepartner vorhanden ist, die bestehende eheliche Lebens- und Verantwortungsgemeinschaft fortzusetzen, dann liegt kein Verzicht auf den Schutz dieser Ehe vor. Es ist verfassungsrechtlich nicht zulässig, einen solchen Verzicht allein daraus zu schließen, dass der verheiratete Transsexuelle das Bestreben hat, sein Recht zu erlangen, dem Geschlecht auch rechtlich zugeordnet zu werden, dem er aufgrund seiner physischen und psychischen Konstitution angehört, das Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ihm gewährleisten.

60. (b) Mit der Voraussetzung der Ehelosigkeit für die rechtliche Anerkennung einer Geschlechtsänderung wird einem verheirateten Transsexuellen nahegelegt, seine Ehe zu beenden. Das kommt für ihn einem Entzug des Schutzes seiner bestehenden Ehe gleich. Er gerät damit unter psychischen Druck, seine Ehe beenden zu müssen, um in seinem neuen Geschlecht rechtliche Anerkennung finden zu können, obwohl er sich von seinem Partner nicht trennen möchte. Von ihm wird damit verlangt, seine Beziehung zum Partner der gewünschten Geschlechtsidentität zu opfern, auch wenn diese Beziehung ihn in seiner Identitätsfindung gerade stabilisiert und er es seinem Ehegatten eigentlich nicht zumuten will, sich von ihm scheiden zu lassen und damit auch Rechtsverluste hinnehmen zu müssen. Diese Konfliktlage beeinträchtigt die eheliche Beziehung des Transsexuellen in hohem Maße.

61. (c) Auch der Ehegatte des Transsexuellen, der nach rechtlicher Anerkennung seiner geänderten Geschlechtszugehörigkeit strebt, erfährt eine starke Beeinträchtigung des ihm durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutzes seiner Ehe. Er durfte darauf vertrauen, dass seine rechtmäßig zustandegekommene Ehe Bestand hat, solange er und sein Partner zusammenleben und füreinander Verantwortung tragen wollen. Obwohl dieser Wille auch nach der operativen Geschlechtsumwandlung seines Ehegatten übereinstimmend fortbesteht, wird auch er durch § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG dem Entscheidungskonflikt ausgesetzt, entweder an der Ehe in persönlicher Verbundenheit festzuhalten, dann aber damit zu verhindern, dass sein Ehegatte die rechtliche Anerkennung seiner Geschlechtsidentität findet, wissend, dass dies für den Partner von existentieller Bedeutung ist, oder gegen den eigenen Willen sich von seinem Partner scheiden zu lassen und damit nicht nur die Trennung von ihm auf sich zu nehmen, sondern auch die rechtliche Absicherung zu verlieren, die mit der Ehe verbunden ist und durch die Scheidung zum Wegfall kommt. Hierdurch wird sein von Art. 6 Abs. 1 GG geschütztes Interesse am Fortbestand der Ehe beeinträchtigt.

62. cc) Wägt man einerseits das gesetzgeberische Interesse, die Ehe verschiedengeschlechtlichen Paaren vorzubehalten, und andererseits die Interessen eines verheirateten Transsexuellen, der die rechtliche Anerkennung seines geänderten Geschlechts anstrebt, sowie seines Ehegatten am Fortbestand ihrer Ehe miteinander ab, dann haben die Anliegen beiderseits erhebliches Gewicht. Unter Berücksichtigung der Bedeutung, die dem Recht auf Anerkennung der eigenen geschlechtlichen Identität aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG zukommt, ist es jedoch unzumutbar, die Anerkennung eines verhei-

GeniUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

rateten Transsexuellen in seinem empfundenen und gewandelten Geschlecht an die Voraussetzung der vorherigen Beendigung seiner als Ehe rechtlich gesicherten Partnerschaft zu knüpfen.

63. (1) Diese Interessen, die hinsichtlich des ehelichen Schutzes widerstreiten, unterfallen dem Schutz desselben Grundrechts. Art. 6 Abs. 1 GG schützt sowohl die Ehe als Rechtsinstitut, zu deren Gehalt gehört, dass sie Mann und Frau zu einer Lebensgemeinschaft vereint, als auch geschlossene Ehen sowie die Ehegatten in der Freiheit der Gestaltung ihres Ehelebens und in dem Interesse auf den Bestand ihrer Ehe. Die Ehe als Institut in ihrer tradierten Gestalt erhalten zu wollen und sie deshalb nur verschiedengeschlechtlichen Paaren vorzubehalten, ist nicht mehr oder minder von Gewicht wie der Schutz des Vertrauens eines Paares, mit der Ehe eine Verantwortungsgemeinschaft eingegangen zu sein, die auf Dauer trägt und nicht vom Staat gegen den Willen der Ehegatten aufgelöst werden soll. Das gesetzgeberische Interesse am Erhalt des Instituts der Ehe als Vereinigung von Mann und Frau muss deshalb grundsätzlich nicht hinter das Interesse eines gleichgeschlechtlichen Ehepaares am Erhalt ihrer Ehe zurücktreten, ebenso wie sich der Gesetzgeber nicht ohne weiteres über das Interesse eines Ehepaares an der Beibehaltung ihrer bestehenden Ehe hinwegsetzen kann.

64. Allerdings fällt hier ins Gewicht, dass konkret gelebte, unverwechselbare Beziehungen durch die Regelung in eine existentiell erfahrene Krise geführt werden. Wenn sich vorliegend die Betroffenen auf die Dauerhaftigkeit ihrer Ehe berufen, so berufen sie sich auf ihr persönliches, die eigene Identität berührendes Eheversprechen, das für sie unverändert gilt und als unwiderruflich bindend empfunden wird. Es geht insoweit um das weitere Schicksal eines bereits gemeinsam gegangenen Lebensweges und damit um Folgen von subjektiv existentieller Dimension. Demgegenüber wird die Prägekraft des Prinzips der Verschiedengeschlechtlichkeit angesichts der konkreten Umstände nur am Rande berührt. Es handelt sich bei den hier in Rede stehenden Fällen nur um eine geringe Zahl von Transsexuellen, die zunächst als Mann und Frau geheiratet haben, erst während der Ehe ihre Transsexualität entdeckt oder offenbart haben und deren Ehe an dieser tiefgreifenden Veränderung der Paarbeziehung nicht zerbrochen ist, sondern nach dem Willen beider Ehegatten fortgesetzt werden soll. Überdies ist die Prägewirkung des Prinzips in der Öffentlichkeit für diese Konstellationen dadurch gemindert, dass die betreffenden Paare nach außen hin ohnedies bereits im gleichen Geschlecht leben und auch rechtlich Namen des gleichen Geschlechts führen.

65. (2) Entscheidend ist für die Gewichtung dabei insbesondere auch das Zusammenspiel von Art. 6 Abs. 1 GG mit Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und die Bedeutung des hierdurch geschützten Rechts auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität. Die besondere Belastung, die § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG mit sich bringt, liegt darin, dass sie zur Durchsetzung des gesetzgeberischen Willens die Realisierung des einen Grundrechts von der Aufgabe des anderen abhängig macht. § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG verlangt von verheirateten Transsexuellen, sich entweder für die rechtliche Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität oder die Aufrechterhaltung ihrer Ehe zu entscheiden. Dies zieht zudem die von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Grundrechtsposition des anderen Ehegatten in Mitleidenschaft und führt die Betroffenen nicht nur in eine kaum zu lösende innere Konfliktlage, sondern auch zu einer unzumutbaren Grundrechtsbeeinträchtigung. § 8 TSG verletzt Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG, weil er einem verheirateten Transsexuellen nicht die Möglichkeit einräumt, die rechtliche Anerkennung seiner neuen Geschlechtszugehörigkeit zu erlangen, ohne seine Ehe beenden zu müssen, und ist deshalb verfassungswidrig.

66. Danach kann dahingestellt bleiben, ob § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG auch gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.

67. 6. Es liegt in der Entscheidung des Gesetzgebers, auf welche Weise er es verheirateten Transsexuellen, die die sonstigen Voraussetzungen des § 8 TSG erfüllen und festgestellt bekommen wollen, dass sie dem anderen als dem im Geburtseintrag angegebenen Geschlecht zugehören, ermöglicht, diese Feststellung ohne Beendigung ihrer als Ehe abgesicherten Partnerschaft zu erlangen.

68. a) Will der Gesetzgeber zum Schutz des Instituts der Ehe als verschiedengeschlechtlicher Partnerschaft daran festhalten, nicht zuzulassen, dass Paare in der Ehe verbleiben, bei denen es durch Feststellung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit des transsexuellen Ehegatten zu einer personenstandsrechtlichen Gleichgeschlechtlichkeit kommt, ist ihm dies unbenommen, da sein Anliegen Art. 6 Abs. 1 GG Rechnung trägt.

69. Er muss dabei aber Sorge tragen, dass die bisherige Ehe des Transsexuellen jedenfalls als rechtlich gesicherte Verantwortungsgemeinschaft fortbestehen kann.

70. Wandelt sich durch geschlechtsändernde operative Eingriffe und personenstandsrechtliche Anerkennung des geänderten Geschlechts eines Transsexuellen dessen Ehe in eine gleichgeschlechtliche, kann sie nicht mehr beanspruchen, als Lebensgemeinschaft von Mann und Frau zu gelten. Der Schutz, den sie aus Art. 6 Abs. 1 GG auch weiterhin erfährt, bezieht sich dann auf die mit der Ehe eingegangene Verantwortungsgemeinschaft mit all ihren Rechten und Pflichten, die mit ihr verbunden sind. Das Vertrauen der Partner auf den Bestand dieser Gemeinschaft bleibt weiterhin geschützt. Insofern kann ihr zwar versagt werden, als Ehe weiterzubestehen, nicht jedoch als Verantwortungsgemeinschaft. Deren Beendigung mitsamt dem Verlust der aus der Ehe erwachsenen Rechte ist den Partnern, wie unter B. I. 5. c. cc). ausgeführt, unzumutbar. Dies hat der Gesetzgeber bei einer Neuregelung zu berücksichtigen.

GeniUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

71. Wie er sicherstellt, dass die Verantwortungsgemeinschaft eines verheirateten Transsexuellen mit seinem Ehegatten ohne Beendigung Fortsetzung findet, ist dem Gesetzgeber überlassen. So kann er sie mit Rechtskraft der Anerkennung der geänderten personenstandsrechtlichen Geschlechtszugehörigkeit des transsexuellen Ehegatten in eine Eingetragene Lebenspartnerschaft überführen, muss dabei aber Sorge dafür tragen, dass die erworbenen Rechte und auferlegten Pflichten aus der Ehe einem solchen Paar in der Eingetragenen Lebenspartnerschaft ungeschmälert erhalten bleiben. Er kann zu diesem Zweck aber auch eine rechtlich abgesicherte Lebensgemeinschaft sui generis schaffen, die dem Paar die erworbenen Rechte und Pflichten aus der Ehe sichert, und die Ehe mit Anerkennung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit des transsexuellen Ehegatten in dieser Form fortbestehen lassen.

72. b) Angesichts der geringen Zahl der betroffenen verheirateten Transsexuellen, die erst während der Ehe ihre Transsexualität entdecken oder offenbaren und deren Ehe an dieser tiefgreifenden Veränderung der Paarbeziehung nicht zerbrochen ist, sondern nach dem Willen beider Ehegatten fortgesetzt werden soll, kann der Gesetzgeber sich aber auch dafür entscheiden, verheirateten Transsexuellen die Möglichkeit der rechtlichen Anerkennung ihres geänderten Geschlechts bei Fortführung ihrer Ehe zu eröffnen und dafür § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG zu streichen. Wegen des Schutzes, der den bestehenden Ehen aus Art. 6 Abs. 1 GG zukommt, wäre dies auch angesichts dessen, dass die Ehe als Lebensgemeinschaft von Mann und Frau durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt ist, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

II.

73. Die Verfassungswidrigkeit von § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG führt nicht zur Nichtigkeit, sondern zur Unvereinbarkeit dieser Norm mit Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG. Denn der Gesetzgeber hat, wie aufgezeigt, mehrere Möglichkeiten, um den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen. Hierfür wird dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 1. August 2009 gesetzt.

74. Angesichts der Schwere der Beeinträchtigung, die ein verheirateter Transsexueller durch die Versagung der rechtlichen Anerkennung seiner empfundenen und gewandelten Geschlechtszugehörigkeit erfährt, wird § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung für nicht anwendbar erklärt.

75. Wählt der Gesetzgeber den Weg, die Ehe eines Transsexuellen mit dessen personenstandsrechtlicher Anerkennung in der geänderten Geschlechtszugehörigkeit in eine andere rechtlich abgesicherte Lebensgemeinschaft zu überführen, kann er auch regeln, dass Ehen, in denen der transsexuelle Ehepartner wegen der zwischenzeitlichen Nichtanwendbarkeit von § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG bereits die personenstandsrechtliche Anerkennung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit erlangt hat, ebenfalls kraft Gesetzes in die dafür vorgesehene rechtlich abgesicherte Lebensgemeinschaft ex nunc überführt werden.

76. Die Entscheidung ist zu B. II. 2. Absatz mit 7:1 Stimmen, im Übrigen einstimmig ergangen.

Papier Gaier Kirchhof
Hohmann-Dennhardt Eichberger
Bryde Schluckebier Masing

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Corte costituzionale tedesca (BVG), sentenza dell'11 gennaio 2011

der Frau L. I. Freifrau ….,
- Bevollmächtigter:
Rechtsanwalt Christian Tümmler, in Sozietät Rechtsanwälte Tümmler, Wesser, Lenz,
Leibnizstraße 59, 10629 Berlin - gegen a) den Beschluss des Kammergerichts vom 23. Oktober 2007 – 1 W 76/07 -, b) den Beschluss des Landgerichts Berlin vom 25. Januar 2007 – 84 T 442/06 -, c) den Beschluss des Amtsgerichts Schöneberg vom 30. August 2006 – 70 III 101/06 -
hat das Bundesverfassungsgericht – Erster Senat – unter Mitwirkung der Richterin und Richter Vizepräsident Kirchhof, Hohmann-Dennhardt, Bryde, Gaier, Eichberger, Schluckebier, Masing, Paulus
am 11. Januar 2011 beschlossen:

1. § 8 Absatz 1 Nummern 3 und 4 des Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG) vom 10. September 1980 (Bundesgesetzblatt I Seite 1654) ist mit Artikel 2 Absatz 1 und Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes nach Maßgabe der Gründe nicht vereinbar.

2. § 8 Absatz 1 Nummern 3 und 4 des Transsexuellengesetzes ist bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung nicht anwendbar.

3. Der Beschluss des Kammergerichts vom 23. Oktober 2007 – 1 W 76/07 -, der Beschluss des Landgerichts Berlin vom 25. Januar 2007 – 84 T 442/06 – und der Beschluss des Amtsgerichts Schöneberg vom 30. August 2006 – 70 III 101/06 – verletzen die Beschwerdeführerin in ihren Rechten aus Artikel 2 Absatz 1 und Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes. Der Beschluss des Kammergerichts wird aufgehoben und die Sache an das Kammergericht zurückverwiesen.

4. Die Bundesrepublik Deutschland hat der Beschwerdeführerin die notwendigen Auslagen zu erstatten.

Gründe:

A.

1. Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, ob einer Mann-zu-Frau Transsexuellen mit sogenannter „kleiner Lösung" die Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft mit einer Frau unter Hinweis auf die Möglichkeit, eine Ehe einzugehen, verweigert werden kann, weil hierfür eine Personenstandsänderung stattgefunden haben muss, die voraussetzt, dass der Transsexuelle fortpflanzungsunfähig ist und sich geschlechtsumwandelnden operativen Eingriffen unterzogen hat.

I.

2. 1. Voraussetzung einer Eheschließung ist die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehegatten. Demgegenüber verlangt § 1 Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG), dass Personen, die eine Lebenspartnerschaft eingehen, gleichen Geschlechts sind. In beiden Fällen wird auf das personenstandsrechtliche Geschlecht abgestellt.
3. 2. a) Das Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG) vom 10. September 1980 (BGBl I S. 1654) in der Fassung vom 17. Juli 2009 (BGBl I S. 1978) sieht zwei Verfahren vor, die Transsexuellen das Leben im empfundenen Geschlecht ermöglichen sollen.
4. Die sogenannte „kleine Lösung", erlaubt es, den Vornamen zu ändern, ohne dass zuvor operative geschlechtsanpassende Eingriffe stattgefunden haben müssen. Die Voraussetzungen dafür sind in § 1 TSG niedergelegt, der wie folgt lautet:
5. Voraussetzungen
6. (1) Die Vornamen einer Person sind auf ihren Antrag vom Gericht zu ändern, wenn
7. 1. sie sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen Geschlecht, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben,

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

8. 2. mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sich ihr Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird, und
9. 3. sie
10. a) Deutscher im Sinne des Grundgesetzes ist, b) als Staatenloser oder heimatloser Ausländer ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, c) als Asylberechtigter oder ausländischer Flüchtling ihren Wohnsitz im Inland hat oder d) als Ausländer, dessen Heimatrecht keine diesem Gesetz vergleichbare Regelung kennt, aa) ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besitzt oder bb) eine verlängerbare Aufenthaltserlaubnis besitzt und sich dauerhaft rechtmäßig im Inland aufhält.
11. (2) In dem Antrag sind die Vornamen anzugeben, die der Antragsteller künftig führen will.
12. Zur Feststellung der in § 1 Abs. 1 TSG aufgeführten Voraussetzungen muss das für die Entscheidung zuständige Amtsgericht (vgl. § 2 Abs. 1 TSG) Gutachten von zwei Sachverständigen einholen, die aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer beruflichen Erfahrung mit den besonderen Problemen des Transsexualismus ausreichend vertraut sind und unabhängig voneinander tätig werden (vgl. § 4 Abs. 3 TSG).
13. § 8 TSG stellt die Voraussetzungen für die sogenannte „große Lösung" auf, die zur personenstandsrechtlichen Anerkennung des empfundenen Geschlechts führt, und hat folgenden Wortlaut:
14. Voraussetzungen
15. (1) Auf Antrag einer Person, die sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und die seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben, ist vom Gericht festzustellen, dass sie als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, wenn sie
16. 1. die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 erfüllt,
17. 2. (weggefallen)
18. 3. dauernd fortpflanzungsunfähig ist und
19. 4. sich einem ihre äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat, durch den eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht worden ist.
20. (2) In dem Antrag sind die Vornamen anzugeben, die der Antragsteller künftig führen will; dies ist nicht erforderlich, wenn seine Vornamen bereits auf Grund von § 1 geändert worden sind.
21. Wird dem Antrag nach dem in § 9 TSG vorgeschriebenen Verfahren durch gerichtliche Entscheidung entsprochen, ist der Antragsteller von der Rechtskraft der Entscheidung an gemäß § 10 TSG als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen mit der Folge, dass sich seine vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten grundsätzlich nach dem neuen Geschlecht richten. Allerdings bleibt nach § 11 TSG das Verhältnis des Transsexuellen zu seinen Abkömmlingen und Eltern unberührt. Nach § 9 Abs. 3 TSG in Verbindung mit § 6 TSG kann der Personenstand auf Antrag wieder dem Geburtsgeschlecht angepasst werden.
22. b) Bei Entstehung des Transsexuellengesetzes war im Gesetzgebungsverfahren unumstritten, dass eine Personenstandsänderung eine operative Geschlechtsangleichung voraussetzt. Zur Begründung führte die Bundesregierung aus, es müsse verhindert werden, dass ein Mann einen Mann heiraten könne, der sich insofern sogar gemäß § 175 StGB strafbar machen könne. Könne sich ein Betroffener der Operation nicht unterziehen, müsse er es bei der „kleinen Lösung" bewenden lassen (BTDrucks 8/2947, S. 12).
23. Die Voraussetzung der Fortpflanzungsunfähigkeit wurde nicht begründet. Allerdings wurde das Verhältnis Transsexueller zu ihren Kindern diskutiert. Der Bundesrat regte in diesem Zusammenhang mit späterer Zustimmung der Bundesregierung (BTDrucks 8/2947, S. 27 unter 10) an, das in § 11 TSG geregelte Eltern-Kind-Verhältnis uneingeschränkt auf leibliche Kinder der Betroffenen zu beziehen, unabhängig ob sie vor oder nach der personenstandsrechtlichen Anerkennung des empfundenen Geschlechts geboren wurden. Nach den bisherigen Erfahrungen sei nicht ausgeschlossen, dass Personen, die als fortpflanzungsunfähig gelten, noch Kinder zeugen oder empfangen könnten. Diesen Kindern könne nicht die Möglichkeit genommen werden, ihre Abstammung feststellen zu lassen (BTDrucks 8/2947, S. 23 unter 10).
24. 3. Das Bundesministerium des Innern erarbeitete zum 7. April 2009 den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Transsexuellenrechts, der jedoch aufgrund der bereits fortgeschrittenen Legislaturperiode nicht mehr in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht wurde (BTDrucks 16/13157, S. 1). Der Entwurf hielt an der Zweiteilung zwischen „kleiner" und „großer Lösung" fest. Für die zur Personenstandsänderung führende „große Lösung" sollte die dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit und nunmehr statt der bisher in § 8 TSG geforderten Operation eine in körperlicher Hinsicht erfolgte Anpassung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts zur Voraussetzung gemacht werden, jedoch nur, soweit die dafür notwendige medizinische Behandlung nicht zu einer Gefahr für das Leben oder zu einer schweren dauerhaften Gesundheitsbeeinträchtigung des Betroffenen führe.
25. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wurde dazu ausgeführt, auf die Voraussetzung der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit könne grundsätzlich nicht verzichtet werden. Die vom Geschlecht abhängige Zuordnung im Zusammenleben der Gesellschaft solle gewahrt werden; insbesondere müsse ausgeschlossen werden, dass rechtlich dem männlichen Geschlecht zugehörige Personen Kinder

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

gebären und rechtlich dem weiblichen Geschlecht zugehörige Personen Kinder zeugen. Durch die Voraussetzung der operativen Geschlechtsumwandlung sei es allerdings in der Vergangenheit zu mehr Operationen gekommen, als therapeutisch angezeigt gewesen seien. Daher sollten sich medizinische Eingriffe künftig nach der individuellen Entwicklung und ärztlichen Beurteilung richten.

26. 4. a) In nahezu allen Rechtsordnungen Europas bestehen Möglichkeiten zur rechtlichen Anerkennung Transsexueller in ihrem empfundenen Geschlecht. Sie können danach unterschieden werden, ob sie für die personenstandsrechtliche Anerkennung eine operative Geschlechtsumwandlung verlangen (so Frankreich <vgl. Court de Cassation, Assemblée plénière vom 11. Dezember 1992, Bulletin civil Nr. 13> und die Türkei <Art. 40 türkZGB>) oder darauf verzichten (so Belgien <Art. 62b belgZGB>, Finnland <§ 1 finnTSG>, Österreich <vgl. Österreichischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 3. Dezember 2009 – B 1973/08-13 -, S. 8 ff.>, Schweden <§ 3 schwedTSG>, Spanien <Art. 4 spanTSG> und Großbritannien <Section 3 Gender Recognition Act 2004>). Manche Rechtsordnungen verlangen eine optische Angleichung an das empfundene Geschlecht, zum Beispiel durch eine Hormontherapie (so Belgien <Art. 62b § 2 Nr. 2 belgZGB>, Italien <Art. 1 italTSG> und die Niederlande <Art. 28 Abs. 1 B.W.>, wobei Belgien und die Niederlande wiederum Ausnahmeregelungen für die Fälle vorgesehen haben, in denen im Einzelfall gesundheitliche Risiken bestehen <Art. 62b § 1 Abs. 1 belgZGB> und <Art. 28 Abs. 1 b B.W.>). Während demnach nur eine kleinere Zahl von Ländern die Durchführung einer operativen Geschlechtsanpassung zur Voraussetzung einer Personenstandsänderung machen, ist die Zahl der Länder größer, die eine Fortpflanzungsunfähigkeit verlangen (Belgien <Art. 62b § 2 Nr. 3 belgZGB>, Finnland <§ 1 Nr. 1 finnTSG>, Niederlande <Art. 28 Abs. 1 b B.W.>, Schweden <§ 3 schwedTSG>, Türkei <Art. 40 türkZGB>). In allen Rechtsordnungen sind Entscheidungen über die Anerkennung des empfundenen Geschlechts auf der Basis von ärztlichen oder psychiatrischen Gutachten zu treffen.

27. b) In Finnland (§ 1 finnLPartG), Frankreich (PACS, Art. 515 franzZGB), Österreich (EingetragenePartnerschaftsG), der Schweiz (PartnerschaftsG) und im Vereinigten Königreich (Civil Partnership Act 2004) gibt es neben der Ehe ein besonderes familienrechtliches Institut zur rechtlichen Absicherung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften. Die Bestimmung der Gleichgeschlechtlichkeit richtet sich auch in diesen Ländern nach dem Personenstand.

28. Demgegenüber haben Belgien (Art. 143 belgZGB), die Niederlande (Art. 1:30 B.W.), Norwegen (Art. 1 norwEheG), Spanien (Art. 9 spanZGB) und Schweden (Art. 1 schwedEheG) die Eingehung der Ehe nicht nur verschiedengeschlechtlichen, sondern auch gleichgeschlechtlichen Partnern eröffnet. Die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts hat in diesen Ländern für einen Transsexuellen keine Auswirkungen auf die Eingehung einer rechtlich abgesicherten Partnerschaft.

29. 5. Seit Inkrafttreten des Transsexuellengesetzes wurden neue Erkenntnisse über die Transsexualität gewonnen (vgl. bereits BVerfGE 115, 1 <4 ff.>). Transsexuelle leben in dem irreversiblen und dauerhaften Bewusstsein, dem Geschlecht anzugehören, dem sie aufgrund ihrer äußeren körperlichen Geschlechtsmerkmale zum Zeitpunkt der Geburt nicht zugeordnet wurden. Ihre sexuelle Orientierung im empfundenen Geschlecht kann, wie bei Nicht-Transsexuellen, hetero- wie homosexuell ausgerichtet sein.

30. a) Mit der Entwicklung geschlechtsanpassender Operationen in den 1960er Jahren wurde Transsexualität als Leiden am falschen Körper definiert und die Behandlung auf somatische Eingriffe fokussiert (vgl. Becker, in: Kockott/Fahrner, Sexualstörungen, 2004, S. 153 <153 ff.>). Die daraus abgeleitete Auffassung, alle Transsexuelle würden nach einer geschlechtsanpassenden Operation streben, hat sich inzwischen als unrichtig erwiesen (vgl. BVerfGE 115, 1 <5>). Ein Operationswunsch allein wird von Gutachtern nicht mehr als zuverlässiger diagnostischer Indikator angesehen, da der Wunsch nach einer „Geschlechtsumwandlung“ auch eine Lösungsschablone für psychotische Störungen, Unbehagen mit etablierten Geschlechtsrollenbildern oder für die Ablehnung einer homosexuellen Orientierung sein kann (Pichlo, in: Groß/Neuschaefer-Grube/Steinmetzer, Transsexualität und Intersexualität, Medizinische, ethische, soziale und juristische Aspekte, 2008, S. 39, 121 f.).

31. Vielen Transsexuellen verschafft eine geschlechtsanpassende Operation eine erhebliche Erleichterung ihres Leidensdrucks, die manche schon vorher durch Selbstverstümmelung und Selbstkastration zu erreichen versuchen. Jedoch verbleiben zwischen 20 und 30 % der Transsexuellen, die einen Antrag auf Vornamensänderung stellen, in Deutschland dauerhaft in der „kleinen Lösung“ ohne Operation (m.w.N. Hartmann/Becker, Störungen der Geschlechtsidentität, 2002, S. 15; Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt, ZfS 2001, S. 258 <264>). Der Wunsch und die Durchführung von Operationen sind nach neueren Erkenntnissen nicht kennzeichnend für das Vorliegen von Transsexualität. Für entscheidend wird vielmehr die Stabilität des transsexuellen Wunsches gehalten (vgl. Becker/Berner/ Dannecker/Richter-Appelt, a.a.O., S. 258 <260>; Pichlo, a.a.O., S. 121). Für erforderlich werden deshalb individuelle therapeutische Lösungen erachtet, die von einem Leben im anderen Geschlecht ohne somatische Maßnahmen über hormonelle Behandlungen bis hin zur weitgehenden operativen Geschlechtsangleichung reichen können (m.w.N. Pichlo, a.a.O., S. 119, 122; Rauchfleisch, Transsexualität – Transidentität, 2006, S. 17; Becker, a.a.O., S. 153 <180, 181>). Mit Blick auf diese Erkenntnisse werden die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG als verfassungsrechtlich problematisch bezeichnet (Becker/Berner/ Dannecker/ Richter-Appelt, a.a.O., S. 258 <264>; Grünberger, StAZ 2007, S. 357 <360 f.>).

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

32. b) Sowohl bei der Diagnose als auch in der Behandlung kommt dem Leben in der neuen Geschlechterrolle (sogenannter „Alltagstest“) große Bedeutung zu, um zu ermitteln, ob ein Wechsel der Geschlechterrolle bewältigt werden kann. Anschließend wird häufig eine gegengeschlechtliche Hormonbehandlung durchgeführt. Diese ermöglicht eine körperliche Angleichung an das empfundene Geschlecht und schaltet Eigenschaften des Geburtsgeschlechts aus, die von den Betroffenen als belastend empfunden werden, wie zum Beispiel Menstruation, Ejakulation und Bartwuchs (Becker, a.a.O., S. 153 <191 f.>; Eicher, in: Clement/Senf, Transsexualität, Behandlung und Begutachtung, 1996, S. 55 ff.). Die gegengeschlechtliche Hormontherapie ist ein einschneidender Schritt, der mit der Herausbildung weiblicher Brüste oder andererseits der Entwicklung einer tiefen Stimme und möglicherweise dauerhafter Unfruchtbarkeit bereits irreversible körperliche Folgen hat (Pfäfflin, in: Clement/Senf, Transsexualität, Behandlung und Begutachtung, 1996, S. 37) und gesundheitliche Risiken wie zum Beispiel erhöhtes Thrombose-Risiko, Diabetes, chronische Hepatitis und Leberschäden mit sich bringt (vgl. Rauchfleisch, a.a.O., S. 105). Nach gegebenenfalls durchgeführten Operationen, die für die personenstandsrechtliche Anerkennung nach dem Transsexuellengesetz Voraussetzung sind, muss die Hormontherapie lebenslang fortgesetzt werden (Eicher, Transsexualismus, 2. Aufl., 1992, S. 84).

33. c) Für die personenstandsrechtliche Anerkennung nach dem Transsexuellengesetz sind bei einer Mann-zu-Frau Transsexuellen die Amputation des Penisschaftes und der Hoden sowie die Bildung von Neovulva, Neoklitoris und Neovagina mit der Schaffung eines neuen Harnausgangs erforderlich (vgl. zur medizinischen Technik: Eicher, in: Clement/Senf, a.a.O., S. 61 ff.; Sohn/Schäfer, in: Groß/Neuschaefer-Grube/Steinmetzer, Transsexualität und Intersexualität, 2008, S. 135 ff.). Bei komplikationsloser Heilung kann die Patientin nach zwei Wochen stationärer Behandlung entlassen werden, wobei mindestens die erste Woche strikte Bettruhe einzuhalten ist. Da die Operation einen erheblichen Eingriff bedeutet, muss der Operateur jeweils Operations- und Narkoserisiken abwägen (vgl. Pichlo, a.a.O., S. 126 f.). Bei ca. 40 % der Patientinnen müssen nach der ersten Operation weitere Korrekturoperationen vorgenommen werden (Sohn/Schäfer, a.a.O., S. 139 f.; Eicher, a.a.O., S. 117 ff.). Unter den betroffenen Mann-zu-Frau Transsexuellen, die körperliche Veränderungen anstreben, gilt als größter Wunsch nach körperlicher Veränderung die Entwicklung einer weiblichen Brust, die allerdings oft schon durch die Hormontherapie entsteht. Während einige Betroffene größte Abneigung gegen ihre männliche Behaarung empfinden, eine Epilation wünschen und ihren Penis als Zeichen der Männlichkeit ablehnen, können andere ihn akzeptieren (Becker, a.a.O., S. 153 <191>).

34. Bei Frau-zu-Mann Transsexuellen sind für die Personenstandsänderung nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG die operative Entfernung der Gebärmutter, der Eierstöcke und des Eileiters und oftmals eine Brustverkleinerung zur Angleichung an das Erscheinungsbild des männlichen Geschlechts erforderlich. Ein Scheidenverschluss und der Aufbau einer Penisprothese werden als Voraussetzung allerdings nicht verlangt. Für Frau-zu-Mann Transsexuelle, die körperliche Eingriffe anstreben, steht die Entfernung der Brust als sichtbares Zeichen der Weiblichkeit im Vordergrund. An zweiter Stelle steht die Beendigung der Menstruation, die bereits mit einer Hormontherapie erreicht wird, so dass die Entfernung von Uterus und Eierstöcken nur von den wenigsten Betroffenen aus eigener Motivation angestrebt wird. Der Wunsch nach einer Penisprothese ist bei vielen Betroffenen nicht stark ausgeprägt (Becker, a.a.O., S. 190).

35. d) Die Zahl der Transsexuellen, die nach der Änderung ihres Vornamens oder nach Geschlechtsumwandlung wieder in ihr Geburtsgeschlecht zurückwechseln, ist nur unzureichend bekannt. Der Rollenwechsel zurück gilt jedoch als sehr seltener Ausnahmefall (Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt, a.a.O., S. 258 <263>). Nach einer Studie aus dem Jahr 1993 stellten seit Inkrafttreten des Transsexuellengesetzes nur sechs Personen (0,4 % der Personen, die einen Vornamen- beziehungsweise Personenstandswechsel vorgenommen hatten) in Deutschland einen Antrag auf Rückumwandlung beziehungsweise Wiederannahme des alten Vornamens, fünf davon nach vollzogener Vornamensänderung und eine Person nach vollzogener Personenstandsänderung (m.w.N. Hartmann/Becker, a.a.O., S. 96). Nach Angaben der Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung liegen die Fälle, in denen eine Rückkehr ins Ausgangsgeschlecht durchgeführt wurde, bei deutlich unterhalb einem Prozent aller durchgeführten TSG-Verfahren (Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt, a.a.O., S. 258 <264>).

II.

36. 1. Die Beschwerdeführerin wurde 1948 mit männlichen äußeren Geschlechtsmerkmalen geboren und erhielt die Vornamen „R.R.“. Sie empfindet sich jedoch als Angehörige des weiblichen Geschlechts. Als solche ist sie homosexuell orientiert und lebt in einer Partnerschaft mit einer Frau. Sie hat gemäß § 1 TSG ihre Vornamen in „L.I.“ geändert und ihren Adelstitel in die weibliche Form umgewandelt („kleine Lösung“). Eine Änderung des Personenstandes gemäß § 8 Abs. 1 TSG („große Lösung“) wurde nicht vorgenommen. Sie wird jedoch hormonell behandelt. In ihrer Geburtsurkunde wird die Beschwerdeführerin dementsprechend als „L.I. Freifrau …, männlichen Geschlechts“ bezeichnet.

37. Mit Antrag vom 8. Dezember 2005 begehrte die Beschwerdeführerin zusammen mit ihrer Partnerin beim Standesamt T. von Berlin die Eintragung einer Lebenspartnerschaft. Mit Bescheid vom 2. Februar

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

2006 lehnte der Standesbeamte den Antrag ab, weil eine Lebenspartnerschaft nur für zwei Beteiligte des gleichen Geschlechts eingetragen werden könne. Daraufhin beantragte die Beschwerdeführerin am 8. Februar 2006, den Standesbeamten anzuweisen, die Lebensgemeinschaft mit ihrer Partnerin, der Beteiligten zu 2), zu registrieren.

38. Diesen Antrag wies das Amtsgericht mit Beschluss vom 30. August 2006 zurück. Die Begründung einer Lebenspartnerschaft setze voraus, dass sie von zwei Personen gleichen Geschlechts eingegangen werde. An dieser Voraussetzung fehle es hier. Eine gerichtliche Feststellung nach § 8 Abs. 1 TSG, dass die Beschwerdeführerin als dem weiblichen Geschlecht zugehörig anzusehen sei, könne nicht ohne eine geschlechtsanpassende Operation ergehen. Den Beteiligten stehe nur die Möglichkeit der Eheschließung offen. Hierin liege keine Diskriminierung ihrer Person. Das Gesetz stelle für die Eingehung von Ehe und Lebenspartnerschaft auf das personenstandsrechtlich bestimmte Geschlecht, nicht auf die sexuelle Orientierung der Partner ab. Dies sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das Landgericht mit Beschluss vom 25. Januar 2007 zurück. Auch die weitere Beschwerde blieb erfolglos. Das Kammergericht bestätigte mit Beschluss vom 23. Oktober 2007 die Rechtsauffassung der Vorinstanzen.

39. 2. Hiergegen hat die Beschwerdeführerin am 28. Dezember 2007 Verfassungsbeschwerde erhoben. Sie rügt die Verletzung ihrer Rechte aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Sie habe einen grundrechtlich geschützten Anspruch darauf, mit einem Menschen in einer rechtlich und gesellschaftlich anerkannten Lebensgemeinschaft zu leben. Als empfundene Frau, die eine Frau zur Partnerin habe, wolle sie eine Lebenspartnerschaft begründen. Es sei aufgrund des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes über Transsexualität inzwischen überholt, bei der personenstandsrechtlichen Einordnung allein auf eine operative Geschlechtsumwandlung abzustellen und nicht auf das empfundene Geschlecht. Dies führe zu verfassungswidrigen Ergebnissen. Für sie als inzwischen 62-Jährige sei die für eine Personenstandsänderung erforderliche geschlechtsanpassende Operation aufgrund ihres Alters mit nicht abzuschätzenden gesundheitlichen Risiken verbunden.

40. Der Verweis auf die Ehe zur Begründung einer rechtlich gesicherten Partnerschaft sei ihr nicht zumutbar. Die Ehe sei ihrem Wesen nach die Verbindung von Mann und Frau für das gesamte künftige Leben. Da sie sich als Frau empfinde und mit einer Frau eine Partnerschaft eingehen wolle, würde ihr praktisch aufgezwungen, eine gleichgeschlechtliche Ehe einzugehen. Dies würde einerseits das Institut der Ehe beschädigen. Andererseits würde sie bei Eheschließung rechtlich als Mann eingestuft, zugleich aber trage sie wie ihre Lebensgefährtin einen weiblichen Vornamen, der ihrem empfundenen Geschlecht entspreche. Dadurch würde nicht nur der Eindruck erweckt, dass auch gleichgeschlechtliche Partner die Ehe eingehen können. Jedem Dritten würde hiermit auch offenkundig gemacht, dass eine der beiden Frauen transsexuell sei. Ein unauffälliges und diskriminierungsfreies Leben in der neuen Rolle würde unmöglich. Dies verletze sie in ihrem Persönlichkeitsrecht.

41. 3. Unter dem 10. Mai 2010 hat die Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass sie inzwischen die Ehe eingegangen ist. Es sei für sie nicht länger hinnehmbar gewesen, ohne rechtliche Absicherung mit ihrer Partnerin zu leben. Diese habe einen Witwenanspruch erhalten sollen. Das Paar fühle sich dazu verpflichtet, den anderen Partner versorgt zu wissen, ohne zunächst eine Gerichtsentscheidung abzuwarten.

III.

42. Zu der Verfassungsbeschwerde haben das Bundesministerium des Innern namens der Bundesregierung, das Land Berlin, der Lesben- und Schwulenverband Deutschland, die Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität, die Ökumenische Arbeitsgruppe Homosexuelle und Kirche, der sonntags.club und das Transgender-Netzwerk Berlin Stellung genommen.

43. 1. Das Bundesministerium des Innern hält die Rechtslage für verfassungsgemäß. Die „kleine Lösung“ sei eingeführt worden, um den Betroffenen zu ermöglichen, möglichst schnell in der Rolle des anderen Geschlechts auftreten zu können. Außerdem solle den Betroffenen geholfen werden, die keine Operation auf sich nehmen wollen. Die „kleine Lösung“ habe jedoch gerade keine Auswirkung auf die personenstandsrechtliche Geschlechtszugehörigkeit, sondern stelle vielmehr ein Zugeständnis an die Betroffenen dar. Die Ehe als Verbindung von Mann und Frau stünde nur Personen unterschiedlichen Geschlechts, die Lebenspartnerschaft dagegen nur Personen gleichen Geschlechts offen. Die rechtliche Zuordnung zu einem Geschlecht könne zwar bei einer Abweichung vom psychisch empfundenen Geschlecht zu Härten führen. Die Ordnungsfunktion des Personenstandsrechts verlange jedoch ein rechtlich klar umschriebenes Kriterium für die Einordnung der Geschlechtszugehörigkeit. Ein kaum feststellbares, nur empfundenes Geschlecht tauge dafür ebenso wenig wie das bloße Aussehen oder das Verhalten eines Menschen. Darum habe der Gesetzgeber die personenstandsrechtliche Anerkennung des neuen Geschlechts an die „große Lösung“ geknüpft und ein besonderes Verfahren angeordnet.

44. Zwar gelte es grundsätzlich, den falschen Anschein zu vermeiden, dass die Ehe auch gleichgeschlechtlichen Partnern offen stehe. Durch die zur Vermeidung von Härten angebotene „kleine Lösung“ ließen sich die Grundsätze der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe und der rechtlich klaren, objektiven Anknüpfung zur Feststellung des rechtlich maßgeblichen Geschlechts jedoch nicht in jedem Fall mitei-

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

nander vereinbaren. Ein solcher Fall sei beispielsweise gegeben, wenn ein bereits verheirateter Transsexueller einen anderen Vornamen annehmen wolle. Der Grundsatz, den Anschein der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe zu wahren, müsse in einem solchen Fall hinter der klaren Feststellung des Geschlechts zurückstehen.

45. 2. Demgegenüber halten das Land Berlin, der Lesben- und Schwulenverband Deutschland, die Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität, die Ökumenische Arbeitsgruppe Homosexuelle und Kirche, der sonntags.club und das Transgender-Netzwerk Berlin die Verfassungsbeschwerde für begründet. Sie betonen, die aufgrund der gegenwärtigen Rechtslage zur personenstandsrechtlichen Anerkennung erforderliche geschlechtsanpassende Operation übe einen starken Druck auf Transsexuelle mit „kleiner Lösung“ aus, somatische Maßnahmen vornehmen zu lassen, um die als richtig empfundene Lebenspartnerschaft oder Ehe eingehen zu können, auch wenn körperliche Eingriffe vom medizinischen und psychotherapeutischen Standpunkt her nicht angezeigt seien. Das Transsexuellengesetz stelle somatische Maßnahmen über das im Grundgesetz verankerte Recht auf Selbstbestimmung. Der Zwang zur geschlechtsumwandelnden Operation, um die gewünschte gleichgeschlechtliche Partnerschaft eingehen zu können, sei unzumutbar. Es könne für eine Mann-zu-Frau Transsexuelle als belastend bis dramatisch erlebt werden, aufgrund ihres Verheiratetenstatus „geoutet“ zu werden.

46. Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts müsse der Gesetzgeber Transsexuellen mit homosexueller Orientierung die Möglichkeit eröffnen, eine rechtlich gesicherte Partnerschaft mit einem Menschen seiner Wahl eingehen zu können. Der Gesetzgeber habe bei Schaffung des Transsexuellengesetzes Ehen verhindern wollen, bei denen die Ehegatten rechtlich oder auch nur dem Anschein nach dem gleichen Geschlecht angehören. Damit sei nicht zu vereinbaren, dass der Gesetzgeber homosexuelle Transsexuelle ohne Personenstandsänderung in eine Ehe dränge.

47. Die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG gingen von verfehlten Vorstellungen aus. Der Wunsch nach einer Operation sei nicht notwendig Teil der Transsexualität. Auch ginge es bei der Transsexualität nicht um eine „Umwandlung“ oder um ein „werden wollen“, sondern darum, rechtliche Anerkennung im bereits als richtig erlebten Geschlecht zu finden.

B.

48. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Insbesondere ist das Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführerin nicht deshalb entfallen, weil sie inzwischen die Ehe eingegangen ist.

49. Die Beeinträchtigung der geschlechtlichen Identität der Beschwerdeführerin durch die rechtliche Nichtanerkennung ihres empfundenen Geschlechts und die ihr damit nicht eröffnete Möglichkeit, eine eingetragene Lebenspartnerschaft einzugehen, setzt sich auch nach ihrer Eheschließung fort (vgl. BVerfGE 33, 247 <257 f.>; 69, 161 <168>; 81, 138 <140 f.>). Nachvollziehbar hat die Beschwerdeführerin erklärt, nur deshalb die Ehe eingegangen zu sein, weil sie angesichts ihres Alters und des sich hinziehenden Verfahrens nicht mehr länger habe abwarten können, ihre Partnerschaft rechtlich abzusichern. Ihr und ihrer Partnerin war es insoweit nicht zumutbar, ihr Bedürfnis nach gegenseitiger Absicherung und Versorgung weiter hintanzustellen. Dass die Fachgerichte und das Bundesverfassungsgericht schwierige Fragen oft nicht in kurzer Zeit entscheiden können, darf nicht dazu führen, dass eine Verfassungsbeschwerde wegen des Zeitablaufs und hierbei eintretender Veränderungen als unzulässig verworfen wird (vgl. BVerfGE 81, 138 <140>). Weil der Beschwerdeführerin zur Absicherung ihrer Partnerschaft allein die Ehe offengestanden hat, ist sie zudem dadurch, dass sie in der ehelichen Beziehung zu ihrer Partnerin rechtlich ihrem Geburtsgeschlecht zugeordnet bleibt, weiterhin in ihrem eigenen Identitätsempfinden als Frau betroffen und damit konfrontiert, dass ihre Transsexualität aufgrund der ehelichen Verbindung mit ihrer Partnerin offenkundig geworden ist.

C.

50. § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG ist mit Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar, soweit die dort geregelten Voraussetzungen einen homosexuellen Transsexuellen, der die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 TSG erfüllt, mittelbar daran hindern, eine eingetragene Lebenspartnerschaft zu begründen.

I.

51. 1. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG schützt mit der engeren persönlichen Lebenssphäre auch den intimen Sexualbereich des Menschen, der die sexuelle Selbstbestimmung und damit auch das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität sowie der eigenen sexuellen Orientierung umfasst (vgl. BVerfGE 115, 1 <14>; 121, 175 <190>). Es ist wissenschaftlich gesicherte Erkenntnis, dass die Zugehörigkeit eines Menschen zu einem Geschlecht nicht allein nach den äußerlichen Geschlechtsmerkmalen im Zeitpunkt seiner Geburt bestimmt werden kann, sondern sie wesentlich auch von seiner psychischen Konstitution und selbstempfundenen Geschlechtlichkeit abhängt (vgl. BVerfGE 115, 1

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

<15>). Steht bei einem Transsexuellen das eigene Geschlechtsempfinden nachhaltig in Widerspruch zu dem ihm rechtlich nach den äußeren Geschlechtsmerkmalen zugeordneten Geschlecht, gebieten es die Menschenwürde in Verbindung mit dem Grundrecht auf Schutz der Persönlichkeit, dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen Rechnung zu tragen und seine selbstempfundene geschlechtliche Identität rechtlich anzuerkennen, um ihm damit zu ermöglichen, entsprechend dem empfundenen Geschlecht leben zu können, ohne in seiner Intimsphäre durch den Widerspruch zwischen seinem dem empfundenen Geschlecht angepassten Äußeren und seiner rechtlichen Behandlung bloßgestellt zu werden (vgl. BVerfGE 116, 243 <264>). Es obliegt dem Gesetzgeber, die Rechtsordnung so auszugestalten, dass diese Anforderungen erfüllt sind und insbesondere die rechtliche Zuordnung zum nachhaltig empfundenen Geschlecht nicht von unzumutbaren Voraussetzungen abhängig gemacht wird.

52. 2. Mit diesen Grundsätzen ist es nicht vereinbar, wenn Transsexuelle mit gleichgeschlechtlicher Orientierung, zur rechtlichen Absicherung ihrer Partnerschaft entweder die Ehe eingehen oder sich geschlechtsändernden und die Zeugungsunfähigkeit herbeiführenden operativen Eingriffen aussetzen müssen, um personenstandsrechtlich im empfundenen Geschlecht anerkannt zu werden und damit eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründen zu können, die seiner als gleichgeschlechtlich empfundenen Partnerbeziehung entspricht. Die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts darf nicht von Voraussetzungen abhängig gemacht werden, die schwere Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit bedingen und mit gesundheitlichen Risiken verbunden sind, wenn diese nach wissenschaftlichem Kenntnisstand keine notwendige Voraussetzung einer dauerhaften und erkennbaren Änderung der Geschlechtszugehörigkeit sind.

53. a) Zu der von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten freien Persönlichkeitsentfaltung gehört das Recht jedes Menschen, mit einer Person seiner Wahl eine dauerhafte Partnerschaft einzugehen und diese in einem der dafür gesetzlich vorgesehenen Institute rechtlich abzusichern (vgl. BVerfGE 115, 1 <24>). Dem verfassungsrechtlichen Gebot des Art. 6 Abs. 1 GG entsprechend ist dies zum einen durch Eingehen der Ehe möglich, die verschiedengeschlechtlichen Paaren offen steht (vgl. BVerfGE 105, 313 <344 f.>). Zum anderen hat der Gesetzgeber für gleichgeschlechtliche Partnerschaften das Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft geschaffen. Der Zugang zum jeweiligen Institut bestimmt sich insofern im deutschen Recht derzeit nach der Geschlechterkonstellation der Paare, die sich jeweils miteinander rechtlich verbinden wollen, nicht nach deren sexueller Orientierung, auch wenn die Entscheidung einer Person für eine Ehe oder eine eingetragene Lebenspartnerschaft regelmäßig mit ihrer sexuellen Orientierung verbunden ist (vgl. BVerfGE 124, 199 <221>). Dabei ist das personenstandsrechtlich festgestellte Geschlecht der Partner zum Zeitpunkt des Eingehens der rechtlichen Verbindung maßgeblich. Die ausschließlich am rechtlich zugewiesenen Geschlecht ausgerichtete Unterscheidung der beiden vom Gesetzgeber eröffneten Möglichkeiten für Paare, sich rechtlich zu binden, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BVerfGE 115, 1 <23>; 121, 175 <195>). Sie ermöglicht eine objektive und einfache Feststellung der Zugangsvoraussetzungen für Ehe und Lebenspartnerschaft, vermeidet, dass die Partner vor Eingehen der Ehe oder Lebenspartnerschaft Intimes über ihr Geschlechtsempfinden oder ihre sexuellen Neigungen preisgeben müssen, und dient damit dem Schutz der Privatsphäre (vgl. BVerfGE 107, 27 <53>).

54. b) Dass für die Eröffnung von Ehe oder Lebenspartnerschaft das jeweilige personenstandsrechtliche Geschlecht der Partner ausschlaggebend ist, beeinträchtigt aber dann das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, wenn bei der rechtlichen Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit einer Person allein auf das nach ihren äußeren Geschlechtsmerkmalen bestimmte und nicht auf das von ihr empfundene, durch Gutachten bestätigte Geschlecht abgestellt wird und eine bestehende Diskrepanz zwischen der personenstandsrechtlichen Geschlechtszugehörigkeit und dem empfundenen Geschlecht nicht in einer für den Betroffenen zumutbaren Weise beseitigt werden kann, sodass diesem zur Absicherung seiner Partnerschaft nur ein Institut offen steht, bei dessen Eingehen er nach seinem Empfinden im falschen Geschlecht leben muss.

55. Dies ist bei einem Transsexuellen mit homosexueller Orientierung der Fall, der zwar die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 TSG erfüllt, sich aber einer die äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden und seine Zeugungsunfähigkeit herbeiführenden Operation nicht unterzogen hat, die nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG erforderlich ist, um im selbstempfundenen Geschlecht personenstandsrechtlich anerkannt zu werden. So empfindet sich eine Mann-zu-Frau Transsexuelle mit „kleiner Lösung“ wie die Beschwerdeführerin als Frau und hat entsprechend auch ihren Namen und ihr Äußeres dem empfundenen Geschlecht angepasst, wird aber personenstandsrechtlich weiter als Mann behandelt. Wie die Fachgerichte im zugrundeliegenden Fall der geltenden Gesetzeslage entsprechend festgestellt haben, ist es der Beschwerdeführerin deshalb nicht möglich gewesen, zur rechtlichen Absicherung ihrer nach ihrem Empfinden gleichgeschlechtlichen Beziehung zu einer Frau eine eingetragene Lebenspartnerschaft einzugehen, obwohl dieses Institut vom Gesetzgeber gerade für gleichgeschlechtliche Paare geschaffen worden ist, um die Ehe als Verbindung von Mann und Frau verschiedengeschlechtlichen Paaren vorzubehalten (vgl. BVerfGE 115, 1 <18>). Will sich eine Mann-zu-Frau Transsexuelle mit ihrer Partnerin rechtlich verbinden, steht sie deshalb vor der Alternative, entweder mit ihrer Partnerin die Ehe ein-

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

zugehen (aa) oder an sich geschlechtsändernde und zur Zeugungsunfähigkeit führende Operationen vornehmen zu lassen, um die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts zu erreichen und damit die Voraussetzung für die Begründung einer ihrer homosexuellen Beziehung entsprechenden eingetragenen Lebenspartnerschaft zu erfüllen (bb). Beide ihr offen stehenden Möglichkeiten beeinträchtigen ihr Recht auf sexuelle Selbstbestimmung in unzumutbarer Weise.

56. aa) Mit dem Verweis auf den Eheschluss als Möglichkeit, seine Partnerschaft rechtlich abzusichern, wird ein Transsexueller mit sogenannter „kleiner Lösung" und gleichgeschlechtlicher Orientierung rechtlich und nach außen erkennbar in eine Geschlechterrolle verwiesen, die seiner selbstempfundenen widerspricht. Zugleich wird seine Transsexualität offenkundig. Dies entspricht nicht dem Gebot des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG auf Anerkennung der selbst- empfundenen geschlechtlichen Identität eines Menschen und auf Schutz seiner Intimsphäre.

57. Steht die Ehe wie in einigen europäischen Ländern sowohl verschieden- wie gleichgeschlechtlichen Paaren offen (siehe A.I. 4.), lassen sich aus dem Eingehen einer Ehe keine Rückschlüsse auf die Geschlechtszugehörigkeit oder sexuelle Orientierung der Ehepartner ziehen. Hält die Rechtsordnung dagegen wie in Deutschland neben der Ehe mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft ein weiteres Institut zur Absicherung einer rechtlich verbindlichen Partnerschaft bereit und grenzt sie die beiden Institute voneinander allein nach dem Geschlechterverhältnis der Partner ab, erfolgt mit der Zuweisung zu dem jeweiligen Institut auch eine Zuschreibung der Geschlechterrollen in der Partnerschaft. So nimmt allein schon die Benennung als Ehegatten oder Lebenspartner Einfluss auf die Selbst- und Fremdwahrnehmung der jeweiligen Partner und ihrer Beziehung. Wird ein Transsexueller mit „kleiner Lösung" und gleichgeschlechtlicher Orientierung darauf verwiesen, zur rechtlichen Absicherung seiner Partnerschaft die Ehe einzugehen, und folgt er dem gezwungenermaßen, weil geschlechtsändernde Operationen bei ihm nicht in Betracht kommen, er aber nicht auf eine rechtliche Bindung mit seinem Partner verzichten möchte, setzt er sich deshalb einer Infragestellung seiner geschlechtlichen Identität wie seiner sexuellen Orientierung aus. Zum einen gerät er in Zwiespalt zwischen dem durch die Eheschließung vermittelten Eindruck seiner Geschlechtszugehörigkeit und seines, dem entgegenstehenden eigenen Geschlechtsempfindens. Zum anderen wird ihm in der Ehe als heterosexueller Verbindung eine Rolle zugeschrieben, die seiner sexuellen Orientierung widerspricht.

58. Zwar kann der Transsexuelle auch nach Eheschluss seinen nach § 1 TSG geänderten, mit seinem empfundenen Geschlecht in Einklang stehenden Namen behalten (vgl. BVerfGE 115, 1 ff.). Doch gerade dieser Name und sein dem geschlechtlichen Empfinden angepasstes äußeres Erscheinungsbild, das seine Beziehung zu seinem angetrauten Partner als gleichgeschlechtlich offenbart, stellen ihn und seinen Partner wiederum permanent in Widerspruch zu ihrem Status als Verheiratete. Sie erscheinen als Paar, das eigentlich in der Ehe fehl am Platz ist. Offenkundig wird, dass es sich bei einem von ihnen um einen Transsexuellen handeln muss. Aufgrund der Diskrepanz zwischen ihrer ehelichen Verbundenheit und ihrer erkennbar gleichgeschlechtlichen Beziehung müssen beide auch immer wieder damit rechnen, auf ihre Geschlechtszugehörigkeit angesprochen zu werden. Zwar mag es im Alltag vermeidbar sein, sich als Ehegatten zu erkennen zu geben. Es kann den Betroffenen aber verfassungsrechtlich nicht zugemutet werden, den ihnen rechtlich zugewiesenen Status nach außen verheimlichen zu müssen, um mit der von ihnen empfundenen Geschlechterrolle in Einklang zu leben. Der Schutz der Intimsphäre des Transsexuellen und seines Partners vor ungewollten Einblicken durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG bleibt damit nicht hinreichend gewahrt (vgl. BVerfGE 88, 87 <97 f.>). Es ist beiden deshalb nicht zumutbar, zur Absicherung ihrer Beziehung auf die Ehe verwiesen zu werden.

59. bb) Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber beim Zugang zu einer eingetragenen Lebenspartnerschaft auch bei Transsexuellen mit homosexueller Orientierung auf das personenstandsrechtlich festgestellte Geschlecht der Partner abstellt und die personenstandsrechtliche Geschlechtsbestimmung von objektivierbaren Voraussetzungen abhängig macht. Es verstößt jedoch gegen das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, wenn er die personenstandsrechtliche Anerkennung eines Transsexuellen an zu hohe und damit unzumutbare Voraussetzungen knüpft.

60. (1) Eine eingetragene Lebenspartnerschaft steht nur gleichgeschlechtlichen Paaren offen. Zu ihnen zählt sich zwar ein homosexueller Transsexueller mit seinem Partner. Solange er aber in seinem empfundenen Geschlecht noch keine personenstandsrechtliche Anerkennung gefunden hat, wird seine Beziehung rechtlich nicht als gleichgeschlechtlich gewertet. Er kann eine seinem Empfinden entsprechende Lebenspartnerschaft nur eingehen, wenn er zuvor die Voraussetzungen erfüllt hat, von denen der Gesetzgeber eine Änderung des Personenstandes abhängig gemacht hat. Das Anknüpfen an das personenstandsrechtlich festgestellte Geschlecht dient der eindeutigen Geschlechtszuordnung der Partner bei der Prüfung, ob ihnen Zugang zur eingetragenen Lebenspartnerschaft zu gewähren ist. Der Gesetzgeber verfolgt ein legitimes Ziel, wenn er mit dem Erfordernis eines personenstandsrechtlichen Nachweises des Geschlechts dafür Sorge tragen will, dass die eingetragene Lebenspartnerschaft nur Partnern offen steht, die rechtlich als gleichgeschlechtlich anerkannt sind (vgl. BVerfGE 105, 313 <351 f.>).

61. (2) Der Gesetzgeber kann bei der Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit eines Menschen grun-

GeniUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

dsätzlich von dessen äußeren Geschlechtsmerkmalen zum Zeitpunkt der Geburt ausgehen und die personenstandsrechtliche Anerkennung des im Widerspruch dazu stehenden empfundenen Geschlechts eines Menschen von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen. Da das Geschlecht maßgeblich für die Zuweisung von Rechten und Pflichten sein kann und von ihm familiäre Zuordnungen abhängig sind, ist es ein berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers, dem Personenstand Dauerhaftigkeit und Eindeutigkeit zu verleihen, ein Auseinanderfallen von biologischer und rechtlicher Geschlechtszugehörigkeit möglichst zu vermeiden und einer Änderung des Personenstands nur stattzugeben, wenn dafür tragfähige Gründe vorliegen und ansonsten verfassungsrechtlich verbürgte Rechte unzureichend gewahrt würden. Dabei kann er, um beliebige Personenstandswechsel auszuschließen, einen auf objektivierte Kriterien gestützten Nachweis verlangen, dass die selbstempfundene Geschlechtszugehörigkeit, die dem festgestellten Geschlecht zuwiderläuft, tatsächlich von Dauer und ihre Anerkennung für den Betroffenen von existentieller Bedeutung ist.

62. Dementsprechend setzt der Gesetzgeber für eine personenstandsrechtliche Änderung des Geschlechts nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 TSG unter Bezugnahme auf § 1 Abs. 1 TSG zunächst voraus, dass eine Person, die sich dem anderen als dem festgestellten Geschlecht zugehörig fühlt, durch zwei Gutachten voneinander unabhängiger Sachverständiger, die über einschlägige fachliche Kenntnisse und berufliche Erfahrungen auf dem Gebiet der Transsexualität verfügen, nachweist, mindestens seit drei Jahren unter dem Zwang zu stehen, den Vorstellungen über ihr Geschlecht entsprechend zu leben. Des Weiteren muss mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen sein, dass sich das Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, die personenstandsrechtliche Anerkennung an solche Voraussetzungen zu knüpfen.

63. (3) Zwar kann der Gesetzgeber näher bestimmen, wie der Nachweis der Stabilität und Irreversibilität des Empfindens und Lebens eines Transsexuellen im anderen Geschlecht zu führen ist. Dabei kann er auch über die Voraussetzungen des § 1 Abs.1 TSG hinaus seine Anforderungen, zum Beispiel an die medizinische Begleitung des Transsexuellen, an sein Erscheinungsbild oder an die Qualität der Begutachtung, spezifizieren. Der Gesetzgeber stellt aber an den Nachweis der Dauerhaftigkeit des Empfindens und Lebens im anderen Geschlecht zu hohe, dem Betroffenen unzumutbare und insofern mit Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbare Anforderungen, wenn er in § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG zur personenstandsrechtlichen Anerkennung des empfundenen Geschlechts von einem Transsexuellen unbedingt und ausnahmslos verlangt, sich Operationen zu unterziehen, die seine Geschlechtsmerkmale verändern und zur Zeugungsunfähigkeit führen (vgl. auch Österreichischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 3. Dezember 2009 – B 1973/08-13 -, S. 8 ff.).

64. (aa) Um feststellen und nachweisen zu können, ob der transsexuelle Wunsch wirklich stabil und irreversibel ist, bedarf es nach heutigem medizinischen Kenntnisstand (vgl. A. I. 5. a) bis c) eines längeren diagnostisch-therapeutischen Prozesses. Für ein Leben des Betroffenen im anderen Geschlecht ist eine Angleichung seiner äußeren Erscheinung und Anpassung seiner Verhaltensweise an sein empfundenes Geschlecht erforderlich. Dies wird zunächst nur durch entsprechende Kleidung, Aufmachung und Auftretensweise herbeigeführt, um im Alltag zu testen, ob ein dauerhafter Wechsel der Geschlechterrolle psychisch überhaupt bewältigt werden kann. Gelingt dies, unterzieht sich der Transsexuelle zumeist einer dauerhaften hormonellen Behandlung, die körperliche Eigenschaften des Geburtsgeschlechts wie Bartwuchs, Ejakulation oder Menstruation auszuschalten vermag, eine optische Angleichung des Körpers an das empfundene Geschlecht bewirkt und Unfruchtbarkeit mit sich bringen kann. Schließlich kann als weitestgehender Behandlungsschritt ein operativer Eingriff in Betracht kommen, bei dem die äußeren Geschlechtsmerkmale dem empfundenen Geschlecht des Transsexuellen angepasst werden, wodurch auch seine Zeugungsunfähigkeit herbeigeführt wird. Nicht selten hat eine solche Operation zur Folge, dass noch weitere Korrekturoperationen erforderlich werden. Nach geschlechtsändernden Operationen muss lebenslang eine Hormonbehandlung durchgeführt werden.

65. Eine Operation, mit der die Geschlechtsmerkmale eines Menschen großteils entfernt beziehungsweise so umgeformt werden, dass sie im Aussehen dem empfundenen Geschlecht möglichst weitgehend entsprechen, stellt eine massive Beeinträchtigung der von Art. 2 Abs. 2 GG geschützten körperlichen Unversehrtheit mit erheblichen gesundheitlichen Risiken und Nebenwirkungen für den Betroffenen dar. Je nach Gesundheitszustand und Alter können diese Risiken so groß sein, dass medizinischerseits von einer derartigen Operation abzuraten ist. Zwar gehört es bei vielen Transsexuellen zur Therapie, ihnen ihren Leidensdruck zu erleichtern, der aus dem Gefühl herrührt, körperlich im falschen Geschlecht zu leben, und ihnen entsprechend ihrem Wunsch und Drang auch durch operative Eingriffe zu ermöglichen, ihrem empfundenen Geschlecht näherzukommen und sich diesem anzupassen. Es ist jedoch unzumutbar, von einem Transsexuellen zu verlangen, dass er sich derartigen risikoreichen, mit möglicherweise dauerhaften gesundheitlichen Schädigungen und Beeinträchtigungen verbundenen Operationen unterzieht, wenn sie medizinisch nicht indiziert sind, um damit die Ernsthaftigkeit und Dauerhaftigkeit seiner Transsexualität unter Beweis zu stellen und die personenstandsrechtliche Anerkennung im empfundenen Geschlecht zu erhalten.

66. Wie das Bundesverfassungsgericht schon in seiner Entscheidung vom 6. Dezember 2005 (BVerfGE 115,

GeniUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

1) festgestellt hat, kann angesichts des heutigen wissenschaftlichen Erkenntnisstandes nicht mehr davon ausgegangen werden, dass das Vorliegen ernsthaft und unumstößlich empfundener Transsexualität allein daran festgestellt werden kann, dass der Betroffene mit allen Mitteln bestrebt ist, seine Geschlechtsorgane und -merkmale als Irrtum der Natur durch operative Geschlechtsumwandlung zu korrigieren. Vielmehr ist die Fachwelt inzwischen zu der Erkenntnis gelangt, dass geschlechtsumwandelnde Operationen auch bei einer weitgehend sicheren Diagnose der Transsexualität nicht stets indiziert sind. Ob eine Geschlechtsumwandlung medizinisch vertretbar und anzuraten ist, muss nach medizinischer Diagnose bei jedem Betroffenen individuell festgestellt werden (vgl. BVerfGE 115, 1 <21>). Die Dauerhaftigkeit und Irreversibilität des empfundenen Geschlechts eines Transsexuellen lässt sich nicht am Grad der Anpassung seiner äußeren Geschlechtsmerkmale an das empfundene Geschlecht mittels operativer Eingriffe messen, sondern ist daran festzustellen, wie konsequent der Transsexuelle in seinem empfundenen Geschlecht lebt und sich in ihm angekommen fühlt (vgl. Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt, a.a.O., S. 258 <260 f.>). Durchgeführte geschlechtsumwandelnde Operationen sind deshalb zwar ein deutliches Indiz für die Transsexualität einer Person. Werden sie aber zur unbedingten Voraussetzung für die personenstandsrechtliche Anerkennung gemacht, wird von einem Transsexuellen verlangt, sich körperlichen Eingriffen auszusetzen und gesundheitliche Beeinträchtigungen hinzunehmen, auch wenn dies in seinem Fall nicht indiziert und dazu für die Feststellung der Dauerhaftigkeit seiner Transsexualität nicht erforderlich ist. Damit setzt der Gesetzgeber an den Nachweis des dauerhaften Vorliegens einer Transsexualität eine übermäßige Anforderung, die den zu schützenden Grundrechten der Betroffenen aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und aus Art. 2 Abs. 2 GG nicht hinreichend Rechnung trägt.

67. Im Übrigen verlangt der Gesetzgeber auch in anderen Fällen keine Operationen, um eine weitgehende Übereinstimmung zwischen der rechtlichen Geschlechtszugehörigkeit einer Person und ihren äußeren Geschlechtsmerkmalen sicherzustellen. So eröffnet § 9 Abs. 3 in Verbindung mit § 6 Abs. 1 TSG Transsexuellen nach geschlechtsverändernden Operationen die Möglichkeit, die personenstandsrechtliche Anerkennung ihres Wunschgeschlechts wieder rückgängig zu machen und in ihr Geburtsgeschlecht zurückzukehren, ohne dass dafür erneute geschlechtsanpassende Operationen zur Voraussetzung gemacht werden. Damit akzeptiert der Gesetzgeber, dass nicht alle Angehörigen einer Geschlechtszugehörigkeit hinsichtlich ihrer äußeren Geschlechtsmerkmale dem Aussehen dieses Geschlechts vollständig entsprechen.

68. (bb) Auch mit der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit hat der Gesetzgeber in § 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG eine unzumutbare Voraussetzung für die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts eines Transsexuellen gesetzt, soweit für die Dauerhaftigkeit der Fortpflanzungsunfähigkeit operative Eingriffe zur Voraussetzung gemacht werden. Die Realisierung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG wird damit von der Preisgabe des Rechts auf körperliche Unversehrtheit abhängig gemacht, ohne dass Gründe von hinreichendem Gewicht vorliegen, die die hierdurch bei den betroffenen Transsexuellen entstehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen rechtfertigen könnten (vgl. BVerfGE 121, 175 <202>).

69. Die Fortpflanzungsfähigkeit des Menschen steht unter dem Schutz des Art. 2 Abs. 2 GG und ist Bestandteil des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (vgl. BVerfGE 79, 174 <201 f.>). Wird einem Transsexuellen auferlegt, sich zur Erlangung der personenstandsrechtlichen Anerkennung im empfundenen Geschlecht operativen Eingriffen zu unterziehen, die seine dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit herbeiführen, bringt ihn dies in die Zwangssituation, entweder dies abzulehnen, damit aber auf seine rechtliche Anerkennung im empfundenen Geschlecht verzichten zu müssen, was ihn dazu zwingt, dauerhaft im Widerspruch zu seiner rechtlichen Geschlechtszugehörigkeit zu leben, oder folgenreiche Operationen hinzunehmen, die nicht nur körperliche Veränderungen und Funktionsverluste für ihn mit sich bringen, sondern auch sein menschliches Selbstverständnis berühren, um auf diesem einzig möglichen Weg zu seiner personenstandsrechtlichen Anerkennung im empfundenen Geschlecht zu gelangen. Welche Entscheidung der Betroffene auch trifft, er wird stets in wesentlichen Grundrechten, die seine psychische oder körperliche persönliche Integrität betreffen, beeinträchtigt.

70. Die für diese zwangsläufige und schwere Grundrechtsbeeinträchtigung angeführten Gründe tragen nicht. Allerdings verfolgt der Gesetzgeber ein berechtigtes Anliegen, wenn er mit der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit als Voraussetzung für die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts ausschließen will, dass rechtlich dem männlichen Geschlecht zugehörige Personen Kinder gebären oder rechtlich dem weiblichen Geschlecht zugehörige Personen Kinder zeugen, weil dies dem Geschlechtsverständnis widerspräche und weitreichende Folgen für die Rechtsordnung hätte (vgl. BTDrucks 8/2947, S. 12).

71. Es trifft zwar zu, dass solche Möglichkeiten eintreten können, wenn bei der personenstandsrechtlichen Anerkennung des empfundenen Geschlechts auf die Voraussetzung der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit verzichtet wird. Bei Frau-zu-Mann Transsexuellen wird dies jedoch nur in seltenen Fällen vorkommen, weil sie ganz überwiegend heterosexuell orientiert sind (vgl. Becker, in: Kockott/Fahrner, a.a.O., S. 162). Demgegenüber ist bei Mann-zu-Frau Transsexuellen mit homosexueller Orientie-

GeniUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

rung, wenn die Zeugungsunfähigkeit nicht zur Voraussetzung für ihre personenstandsrechtliche Anerkennung als Frau gemacht wird, nicht auszuschließen, dass sie als dann rechtlich eingestufte Frauen Kinder zeugen. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass schon die hormonelle Behandlung, die zur Therapie von Transsexuellen zumeist durchgeführt wird, eine mindestens zeitweilige Zeugungsunfähigkeit bewirkt. Zudem ist angesichts des Entwicklungsstandes der heutigen Fortpflanzungsmedizin selbst bei einem Festhalten an dem Erfordernis der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit nicht mehr auszuschließen, dass eine Mann-zu-Frau Transsexuelle, die sich entsprechenden Operationen unterzogen hat und personenstandsrechtlich als Frau ausgewiesen wird, später mit Hilfe ihres vor der Operation eingefrorenen Spermas ein Kind zeugt, wie ein vor dem Oberlandesgericht Köln entschiedener Fall zeigt (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 30. November 2009 – 16 Wx 94/09 -, StAZ 2010, S. 45).

72. Solche Fälle des Auseinanderfallens von rechtlicher Geschlechtszuordnung und Erzeuger- beziehungsweise Gebärendenrolle, die angesichts der kleinen Gruppe transsexueller Menschen eher selten vorkommen werden, berühren vornehmlich die Zuordnung der geborenen Kinder zu Vater und Mutter. Es ist ein berechtigtes Anliegen, Kinder ihren biologischen Eltern auch rechtlich so zuzuweisen, dass ihre Abstammung nicht im Widerspruch zu ihrer biologischen Zeugung auf zwei rechtliche Mütter oder Väter zurückgeführt wird. Wie § 11 TSG zeigt, ist eine solche klare, den biologischen Umständen entsprechende rechtliche Zuordnung von Kindern zu einem Vater und einer Mutter aber gesetzlich schon vorgesehen. Die Regelung bestimmt, dass das Verhältnis eines nach § 8 TSG rechtlich anerkannten Transsexuellen zu seinen Abkömmlingen unberührt bleibt, bei angenommenen Kindern jedoch nur, soweit diese vor Rechtskraft der Entscheidung über die Anerkennung seines neuen Geschlechts als Kind angenommen worden sind. Nach § 10 in Verbindung mit § 5 Abs. 3 TSG ist deshalb im Geburtseintrag eines leiblichen oder eines vor seiner rechtlichen Anerkennung angenommenen Kindes der Vorname des Transsexuellen einzutragen, der vor seiner Namensänderung nach § 1 TSG rechtlich maßgebend war. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Köln ist § 11 TSG in Verbindung mit §§ 10 und 5 Abs. 3 TSG dahingehend auszulegen, dass dies unabhängig davon gilt, ob das leibliche Kind vor oder nach der rechtlichen Anerkennung seines Elternteils im empfundenen Geschlecht geboren worden ist (vgl. OLG Köln, a.a.O., S. 46). Damit ist sichergestellt, dass den betroffenen Kindern trotz der rechtlichen Geschlechtsänderung eines Elternteils rechtlich immer ein Vater und eine Mutter zugewiesen bleiben beziehungsweise werden. Wägt man insofern die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, die dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit zur Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung im empfundenen Geschlecht nach § 8 TSG zu machen, mit den schwerwiegenden Grundrechtsbeeinträchtigungen des Transsexuellen ab, die er dadurch erfährt, dass er nur dann die rechtliche Anerkennung in seinem empfundenen Geschlecht erhält, wenn er sich Operationen unterzieht, die tief in seine körperliche Integrität eingreifen, selbst wenn diese medizinisch nicht indiziert sind und bei Mann-zu-Frau Transsexuellen zudem oft schon aufgrund von Hormonbehandlungen Zeugungsunfähigkeit besteht, dann ist dem Recht des Transsexuellen auf sexuelle Selbstbestimmung unter Wahrung seiner körperlichen Unversehrtheit größeres Gewicht beizumessen. Dies gilt zumal, weil es rechtliche Möglichkeiten gibt sicherzustellen, dass Kinder, deren einer Elternteil ein Transsexueller ist, dennoch rechtlich ihrem Vater und ihrer Mutter zugewiesen werden. Damit erweist sich § 8 Abs. 1 TSG nicht nur bezüglich seiner Nr. 4, sondern auch seiner Nr. 3 als verfassungswidrig.

II.

73. Die angegriffenen Entscheidungen des Kammergerichts, des Landgerichts und des Amtsgerichts beruhen mittelbar auf der verfassungswidrigen Norm und verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Der Beschluss des Kammergerichts ist gemäß § 95 Abs. 2 BVerfGG aufzuheben und die Sache an das Kammergericht zur Entscheidung über die Verfahrenskosten zurückzuverweisen.

D.

74. Die Verfassungswidrigkeit von § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG führt nicht zur Nichtigkeit, sondern zur Unvereinbarkeit dieser Norm mit Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Denn der Gesetzgeber hat, wie ausgeführt, die Möglichkeit, in § 8 Abs. 1 TSG für die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts eines Transsexuellen spezifiziertere Voraussetzungen zum Nachweis der Ernsthaftigkeit des Bedürfnisses, im anderen Geschlecht zu leben, als in § 1 Abs. 1 TSG aufzustellen oder kann eine Gesamtüberarbeitung des Transsexuellenrechts vornehmen, um einen verfassungsgemäßen Rechtszustand herbeizuführen.

75. Angesichts der Schwere der Beeinträchtigung, die ein Transsexueller dadurch erfährt, dass sein empfundenes Geschlecht personenstandsrechtlich nicht anerkannt wird, wenn er die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG nicht erfüllt und deshalb ein Transsexueller eine eingetragene Lebenspartnerschaft nicht eingehen kann, die seiner sexuellen Orientierung entspricht, wird § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung für nicht anwendbar erklärt.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

76. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 34a Abs. 2 BVerfGG.
77. Die Entscheidung ist mit 6:2 Stimmen ergangen.

Kirchhof Gaier Masing
Hohmann-Dennhardt Eichberger
Bryde Schluckebier Paulus

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Corte costituzionale austriaca, sentenza del 8 giugno 2006

Verfassungsgeriehtshof Judenplatz 11, 1010 Wien V 4/06-7
IM NAMEN DER REPUBLIK!
Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des Präsidenten Dr. Korinek, in Anwesenheit der Vizepräsidentin Dr. Bierlein und der Mitglieder Dr. Berchtold-Ostermann, DDr. Grabenwarter, Dr. Ha11er, Dr. Heller, Dr. Holzinger, Dr. Kahr, Dr. Lass, Dr. Liehr, Dr. Müller, Dr. Oberndorfer, DDr. Ruppe und Dr. Spielbüchler als Stimmführer, im Beisein des Schriftführers Dr. Faunie, (8. Juni 2006)

in dem von Amts wegen eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit des Punktes 2 des Erlasses des Bundesministers für Inneres vom 27. November 1996, Z 36.250/66-IV/4/96, über die personenstandsrechtliche Stellung Transsexueller ("Trans-sexuellen-Erlass"), in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 13 9 B-VG zu Recht erkannt:

Punkt 2 und 3 des Erlasses des Bundesministers für Inneres vom 27. November 1996, Z 36.250/66-IV/4/96, über die personenstandsrechtliche Stellung Transsexueller ("Transsexuellen-Erlass") werden als gesetzwidrig aufgehoben.

Die aufgehobenen Bestimmungen sind nicht mehr anzuwenden.

Die Bundesministerin für Inneres ist zur unverzüglichen Kundmachung dieses Ausspruchs im Bundesgesetzblatt II verpflichtet.

Entscheidungsgründe

I. Beim Verfassungsgerichtshof ist zu B 947/05 ein Verfahren über die Beschwerde gegen einen Berufungsbescheid des Landeshauptmannes von Steiermark anhängig, der einen Bescheid des Magistrates Graz bestätigt, womit ein Antrag auf Änderung der Eintragung des Geschlechts von "männlich" auf "weiblich" im Geburtenbuch abgewiesen wird.

Der Berufungswerber sei in aufrechter Ehe verheiratet und habe nicht die Absicht, die Ehe durch Scheidung aufzulösen. Der begehrte Vermerk im Geburtenbuch solle nur die durch die geschlechtsanpassende Operation unrichtig gewordene Eintragung des Geschlechts korrigieren. Der "Transsexuellen-Erlass" des Bundesministers für Inneres (1996) sehe – neben Verfahrens – rechtlichen Anforderungen – vor, dass ein Randvermerk über die Änderung des Geschlechts im Geburtenbuch nur dann eingetragen werden dürfe, wenn der Antragsteller oder die Antragstellerin nicht verheiratet ist. Dem Eintrag komme nach dem Erlass in der alten Fassung (1983), welcher vorgesehen habe, dass mit der Eintragung die Ehe endet, "keineswegs nur deklarative, sondern eindeutig konstitutive Wirkung zu. Dass die Neufassung des Erlasses daran etwas geändert hätte, ist nicht nachvollziehbar. Dies gilt auch für das vom Antragsteller verwendete diesbezügliche Zitat des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.9.1997, GZ 95/1/0061, das zur Frage der Rechtswirkung der Eintragung eines Randvermerks im Geburtenbuch keine Aussage trifft. Der Antragsteller versucht in diesem Zusammenhang wohl fälschlicherweise den Eindruck zu erwecken, er sei durch die geschlechtsändernde Operation bereits – konstitutiv – dem anderen Geschlecht zugehörig und daher berechtigt, auch rechtlich mit einer Person des gleichen Geschlechtes verheiratet zu sein.

Der 'Transsexuellen-Erlass', welcher aufgrund des PStG als verwaltungsinterne Norm mit generellem Adressatenkreis und bindender Wirkung für die untergeordneten Dienststellen, ergangen ist und von dem der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 30.9.1997, GZ 95/01/0061, daher zurecht betont, dass dieser für den Verwaltungsgerichtshof keine bindende Rechtsquelle darstellt, gründet sich materiell auch auf § 44 ABGB, welcher die Ehe als einen Vertrag zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts definiert."

Der Erlass trage dem Umstand Rechnung, dass die gleichgeschlechtliche Ehe nicht vorgesehen ist und als den Grundwerten der Rechtsordnung zuwiderlaufend angesehen werde.

Der beim Verfassungsgerichtshof eingelangten Beschwerde, die unter anderem die Verletzung des Rechtes auf Achtung des Privat – und Familienlebens (Art. 8 EMRK) rügt, begegnet die belangte Behörde in der Gegenschrift mit dem Hinweis, dass der in Rede stehende Erlass zwar nicht für den

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

Verwaltungsgerichtshof, wohl aber für die Behörde bindende Wirkung habe. Einziges Hindernis für die gewünschte Änderung der Eintragung im Geburtenbuch sei das Bestehen der Ehe. Durch eine solche Änderung würde gleichzeitig ein offenbar rechtswidriger Zustand bestätigt werden. Art. 8 EMRK könne wohl nicht dahin ausgelegt werden, dass einer transsexuellen Person ein Recht auf Weiterführung einer Ehe in gleichgeschlechtlicher Form zukomme; sie würde damit besser gestellt sein als nicht Transsexuelle. Die Richtigstellung der Personenstandsbücher hinsichtlich des Geschlechts würde eine Unrichtigkeit in Bezug auf das Merkmal des Bestandes einer Ehe beurkunden, die nur zwischen Mann und Frau bestehen könne. Die Behörde sei verpflichtet gewesen, die Anweisungen der Oberbehörde, die in der Gesetzesausgabe des Personenstandsrechts (von Zeyringer) für jedermann zugänglich und somit allgemein bekannt seien, zu befolgen.

II. Aus Anlass dieses Beschwerdeverfahrens sind beim Verfassungsgerichtshof Bedenken gegen die Gesetzmäßigkeit des von der Behörde angewendeten und offenbar auch vom Verfassungsgerichtshof anzuwendenden Punktes 2 des "Transsexuellen-Erlasses" des Bundesministers für Inneres entstanden. Dieser Erlass lautet insgesamt:

"1. Anträge Transsexueller auf Änderung von Geburtseintragungen oder auf Bewilligung von Vornamensänderungen waren Gegenstand der Erörterung des Bundesministeriums für Inneres mit dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst und den Bundesministerien für Gesundheit und Umweltschutz (nunmehr Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz) und für Justiz sowie mit medizinischen Sachverständigen. Hiebei hat sich ergeben, daß die Diskussion der medizinischen Seite des Transsexualismus nicht einmal in diagnostischer Hinsicht zu einer auch nur annähernd einheitlichen Auffassung geführt hat.

Dies und die Tatsache, daß die in einzelnen Staaten getroffenen gesetzgeberischen Maßnahmen zum Teil stark voneinander abweichen, hat zur übereinstimmenden Auffassung aller beteiligten Bundesministerien geführt, eine legistische Initiative sei in Österreich nicht zweckmäßig, zumal es sich offenkundig nur um wenige Fälle handelt. Ebenso besteht Übereinstimmung, daß zumindest die Fälle bereinigt werden sollen, in denen bereits operative und begleitende sonstige medizinische Maßnahmen mit dem Ziel einer wenigstens äußerlichen Angleichung an das Gegengeschlecht durchgeführt wurden.

Diese schon Anfang der 80er-Jahre getroffene Einschätzung hat weiterhin Gültigkeit.

2. Als Möglichkeit einer rechtlichen Sanierung bietet sich nach geltendem Recht § 16 des Personenstandsgesetzes an, der im Fall eines entsprechenden Nachweises die Eintragung eines Randvermerks über die Änderung des Geschlechts ermöglicht. Hiezu bedarf es eines Antrages der Betroffenen.

Die zur Entscheidung berufene Behörde darf sich nicht damit begnügen, bloß auf Grund der von den Betroffenen vorgelegten Unterlagen zu entscheiden, sondern hat von sich aus geeignete Sachverständige zu bestellen. Geeignet sind nur Sachverständige, die auf Grund ihrer Ausbildung und ihrer Erfahrung mit den Problemen des Transsexualismus besonders vertraut sind. Um diese Voraussetzungen und eine einheitliche Beurteilung sicherzustellen, ist zur Erstellung der Gutachten ausschließlich das Institut für Gerichtsmedizin der Universität Wien heranzuziehen.

Das Gutachten muß erweisen, daß der Antragsteller oder die Antragstellerin längere Zeit unter der zwanghaften Vorstellung gelebt hat, dem anderen Geschlecht zuzugehören, was ihn oder sie veranlaßt hat, sich geschlechtskorrigierender Maßnahmen zu unterziehen;

diese Maßnahmen zu einer deutlichen Annäherung an das äußere Erscheinungsbild des anderen Geschlechts geführt haben;

mit hoher Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, daß sich am Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nichts mehr ändern wird.

2.3. Die durch die Einholung der erforderlichen Gutachten der Behörde erwachsenden Kosten können dem Antragsteller als Barauslagen (§ 76 Abs. 1 zweiter Satz AVG) verrechnet werden.

Der Antragsteller kann auch zum Erlag eines entsprechenden Vorschusses verhalten werden (§ 76 Abs. 4 AVG).

2.4. Ein Randvermerk über die Änderung des Geschlechts

im Geburtenbuch darf nur dann eingetragen werden, wenn der An tragsteller oder die Antragstellerin nicht verheiratet ist.

3. Eine Änderung des Vornamens in einen geschlechts spezifischen Vornamen ist an die Änderung der Geschlechtsein tragung im Geburtenbuch gebunden.

Anträge auf eine solche Namensänderung sollten zusammen mit dem Antrag auf Eintragung eines Randvermerks nach Punkt 2 eingebracht werden, um unnötigen Zeitverlust für die Erlangung neuer Dokumente für die Betroffenen zu vermeiden.

Eine Vornamensänderung in einen geschlechtsneutralen Vornamen oder in Vornamen, von denen zumindest der an erster Stelle stehende ein geschlechtsneutraler Vorname ist, kann derzeit auch ohne geschlechtskorrigierende Maßnahme bewilligt werden; das Vorliegen von Transsexualität sollte aber, schon um Kosten im Namensänderungsverfahren zu vermeiden, durch ein entsprechendes Gutachten nachgewiesen werden.

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

4. Wegen der Schwierigkeit der zu beurteilenden Fragen wird das Bundesministerium für Inneres auch in Zukunft den Behörden Hilfestellung bei den von ihnen zu treffenden Entscheidungen gewähren. Anträge von Transsexuellen auf Eintragung eines Randvermerks über die Änderung des Geschlechts im Geburtenbuch oder auf Änderung des Vornamens in einen gegengeschlechtsspezi-fischen Vornamen sind daher nach Abschluß des Ermittlungsverfahrens, d.h. nach Einholung des Gutachtens nach Punkt 2, dem Bundesministerium für Inneres vorzulegen."

Die Bedenken gegen die Gesetzmäßigkeit dieses Erlasses sind im Prüfungsbeschluss wie folgt formuliert:

"1. Die belangte Behörde hat ihre Entscheidung – mag sie auch darüber hinaus weitere Überlegungen angestellt haben – in erster Linie auf den Erlass gestützt, den sie ausdrücklich als für sie verbindlich bezeichnet. In der Tat scheinen seine Formulierungen in den entscheidenden Punkten imperativ zu sein: Eine frühere Einschätzung hat 'weiterhin Gültigkeit' (Pkt. 1.), es bedarf eines Antrages (Pkt. 2.), die Behörde darf sich nicht begnügen (Pkt. 2.1.), hat Sachverständige zu bestellen (Pkt. 2.1.), es ist ein Universitätsinstitut heranzuziehen (Pkt. 2.1.), das Gutachten muß erweisen, daß … (Pkt. 2.2.), der Randvermerk darf nur eingetragen werden, wenn … (Pkt. 2.4.).

Dass sich in Punkt 3. und 4. zum Teil auch Formulierungen finden, die als bloße Hinweise, Anregungen und Hilfestellungen verstanden werden können, dürfte an dieser Qualifikation des maßgeblichen zweiten Teiles nichts ändern. Anhaltspunkte dafür, dass nur eine unverbindliche Rechtsmeinung geäußert würde, kann der Verfassungsgerichtshof vorläufig nicht finden. Da sich die getroffenen Anordnungen auf die Rechtsunterworfenen auswirken, ändert an der Qualifikation als Rechtsverordnung nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichthofs (zB VfSlg. 2556/1953, 4759/1964, 5905/1969, 6291/1970, 6422/1971, 8649/1979, 8807/1980, 9416/1982, 10.170/1984, 10.518/1985, 10.607/1985, 11.467/1987, 12.744/1991, 13.021/1992, 13.632/1993, 15.694/1999 und 17.244/2004) auch der Umstand nichts, dass der Erlass anscheinend nur an die Personenstandsbehörden adressiert ist. Auch die belangte Behörde geht davon aus, dass er in die Rechtswelt eingetreten ist.

Der Verfassungsgerichtshof hält ihn daher vorderhand für eine Rechtsverordnung.

Zumindest für die in Punkt 2. geregelten Angelegenheiten scheint er den vorangegangenen Erlass vom 18. Juli 1983, Z 10.582/24-IV/4/83, ÖStA 1983 S. 65 vollständig zu ersetzen.

Als Rechtsverordnung hätte der Erlass jedoch im Bundesgesetzblatt kundgemacht werden müssen (§ 2 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes über das Bundesgesetzblatt 1985 idF vor dem BGBl. Nr. 660/1996, d.i. BGBl. Nr. 200/1985). Der Erlass scheint also mangels gehöriger Kundmachung gesetzwidrig zu sein.

Darüber hinaus hegt der Verfassungsgerichtshof das Bedenken, dass der in Prüfung gezogene Teil des Erlasses der gesetzlichen Grundlage entbehrt:

Nach § 16 PersonenstandsG ist eine Beurkundung zu ändern, wenn sie nach der Eintragung unrichtig geworden ist. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass das Geschlecht einer Person nicht vom Bestand oder Nichtbestand einer Rechtsbeziehung abhängig ist. Demnach müsste die tatsächlich eingetretene Änderung des Geschlechts zu einer Änderung der Beurkundung im Geburtenbuch führen. Aus welcher gesetzlichen Bestimmung das im Erlass aufgestellte Hindernis der bestehenden Ehe abgeleitet werden könnte, ist dem Gerichtshof vorläufig unerfindlich. Es scheint, dass die mit Geschlechtsumwandlung eingetretene Gleichgeschlechtlichkeit der bisherigen Ehegatten durch die Verweigerung der Änderung im Geburtenbuch nicht verhindert wird. Die allfälligen Auswirkungen der Gleichgeschlechtlichkeit auf den Bestand der – nach dem Gesetz Personen verschiedenen Geschlechts vorbehaltenen – Ehe dürften nicht bei Führung des Geburtenbuchs durch die Personenstandsbehörde zu beurteilen sein (weil dies wohl nur den Gerichten obliegen kann)."

Die Bundesministerin für Inneres hat die Verordnungsakten vorgelegt, von einer schriftlichen Äußerung zum Gegenstand aber Abstand genommen.

Das Verordnungsprüfungsverfahren ist zulässig. Die Bedenken des Verfassungsgerichtshofes sind auch begründet.

Zweifel an der Zulässigkeit der Beschwerde und der für die Behörde verbindlichen und maßgeblichen Wirkung des in Prüfung gezogenen Erlasses sind nicht hervorgekommen.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungs gerichtshofes ist eine verbindliche Äußerung der Behörde, auch wenn sie formell nur an die unterstellten Behörden adressiert ist, als eine Rechtsverordnung anzusehen, wenn sie der Sache nach die Rechtssphäre eines unbestimmten Kreises von Betroffenen gestaltet (vgl. insbesondere VfSlg. 13.331/1993, 13.632/1993, 15.189/1998 mwH). Das ist hier offenkundig der Fall.

Es handelt sich also bei dem in Prüfung Gezogenen um eine Rechtsverordnung, die im Bundesgesetzblatt kundgemacht hätte werden müssen (§ 2 Abs. 1 lit. f BGBIG). Sie ist mangels gehöriger Kundmachung als gesetzwidrig aufzuheben.

2. Es entbehrt aber auch ihr Inhalt in Punkt 2.4, wonach ein Randvermerk über die Änderung des Geschlechts im Geburtenbuch nur dann eingetragen werden darf, wenn der Antragsteller oder die Antragstellerin nicht verheiratet ist, einer gesetzlichen Grundlage. Das PersonenstandsG trifft für den Fall der Änderung des Geschlechts keine besondere Regelung. Wohl behält § 44 ABGB den Ehevertrag

GenIUS anno I, numero 1: giugno 2014 · · ·

zwei Personen verschiedenen Geschlechts vor. Es ist aber nicht erfindlich, warum die Änderung des Geschlechts einer Person, durch welche die Beurkundung im Personenstandsbuch unrichtig wird (weil § 16 PersonenstandsG auf nachträgliche Unrichtigkeit durch spätere Änderung der beurkundeten Tatsache abstellt), nur dann zu einer Änderung der Beurkundung führen soll, wenn diese Person nicht verheiratet ist. Die Beurkundung des Geschlechts einer Person kann nicht durch den Bestand einer Ehe gehindert werden. Ob umgekehrt die durch eine Änderung des Geschlechts eintretende Gleichgeschlechtlichkeit bisheriger Ehepartner am Fortbestand der Ehe etwas ändert oder deren Auflösung herbeiführt, erzwingt oder ermöglicht, hat jedenfalls nicht die mit der Änderung der Eintragung im Geburtenbuch befasste Personenstandsbehörde zu beurteilen. Der Frage ist daher im vorliegenden Zusammenhang auch vom Verfassungsgerichtshof nicht nachzugehen. Punkt 2.4 des Erlasses findet jedenfalls in keiner Bestimmung der Rechtsordnung eine gesetzliche Deckung.

Bei diesem Ergebnis ist auf Inhalt und Reichweite des geltend gemachten Rechtes auf Achtung des Privat – und Familienlebens (Art. 8 EMRK) nicht mehr einzugehen.

V. Nach Art. 139 Abs. 3 B-VG hat der Verfassungsgerichtshof nicht nur die präjudiziellen Teile einer Verordnung, sondern die ganze Verordnung aufzuheben, wenn er unter anderem zur Auffassung gelangt, dass die ganze Verordnung gesetzwidrig kundgemacht wurde (lit. c).

Während die erzählenden Teile (Punkt 1) und das Gebot der Vorlage von Anträgen nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens (Punkt 4) nicht als Rechtsverordnungen qualifiziert werden können, haftet auch dem mit der Namensänderung wegen Änderung des Geschlechts befassten Punkt 3 der Mangel der fehlerhaften Kundmachung an (vgl. zum bloß teilweisen Charakter als Rechtsverordnung die Erkenntnisse V 102/05 vom 28. Februar 2006 und V 105/05 vom 15. März 2006). Er ist daher gleichfalls aufzuheben.

Der Ausspruch über die Nichtanwendung stützt sich auf Art. 139 Abs. 6 zweiter Satz B-VG, jener über die Kundmachung auf Art. 13 9 Abs. 5 B-VG.

Wien, am 8. Juni 2006
Der Präsident: Dr. Korinek
Schriftführer: Dr. Faunie

GenIUS *anno I, numero 1: giugno 2014* · · ·

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvg 2023 n. 4089/14 cron.
Codice ISSN in attesa di rilascio
genius@articolo29.it