

TRANSESSUALISMO, OMOSESSUALITÀ E MATRIMONIO

di Mariaenza La Torre **

SOMMARIO: 1. Identità, ruolo di genere, orientamento sessuale. 2. I riferimenti al transessualismo nelle ordinanze di rimessione. 3. Il matrimonio dopo la rettificazione del sesso: tesi dell'automatico scioglimento. 4. Segue: tesi della sopravvivenza del vincolo matrimoniale. 5. Cenni conclusivi.

1. Identità, ruolo di genere, orientamento sessuale.

Un tema così delicato come quello relativo alla incidenza della rettificazione del sesso sul preesistente vincolo matrimoniale e la valutazione della fattispecie come archetipo utilizzabile per dimostrare l'ammissibilità del matrimonio fra persone dello stesso sesso, impone una preventiva puntualizzazione sui termini utilizzati.

Non vi è dubbio infatti che le parole si costituiscono in forme linguistiche in grado di rappresentare entità reali, ma anche di nasconderle, dando o negando visibilità, attribuendo positività o negatività; e che la forza e la persuasività del linguaggio e della comunicazione possono determinare *effetti di potere* sull'individuo: un filosofo cinese nel 470 a.C. diceva che *Parlare è il proferire nomi. E i nomi sono come tigri dipinte*¹.

Il primo termine di riferimento è l'identità², che ha attirato l'attenzione del diritto in relazione al bilanciamento fra tutela della persona e libertà d'informazione e alla identificazione del suo ambito di autonomia rispetto agli altri diritti fondamentali; più precisamente l'identità personale³, recentemente estesa anche al minore⁴, spesso collegata al diritto alla

¹ G.M. BRAGADIN, a cura di, *Mo-Tzu il saggio*, trad. it. F. Tomassini, Melchisedek, Milano, 2007. L'importanza del significato del linguaggio è stata sottolineata da un intervento durante il seminario di Ferrara, che ha ricordato che "i limiti del linguaggio sono i limiti del mondo" secondo WITTGENSTEIN (v. WITTGENSTEIN, *Osservazioni filosofiche*, Einaudi, Torino, 1999). L'attenzione al linguaggio e a un uso corretto della terminologia, nel senso del rispetto della parità e non discriminazione, è fortemente avvertita dall'Unione europea (V. le *linee guida del Parlamento europeo per un linguaggio neutro dal punto di vista del genere del 19 maggio 2008 e il documento del Senato italiano che impegna il Governo italiano a introdurre negli atti e nei protocolli delle pubbliche amministrazioni una modificazione degli usi linguistici tale da rendere visibile la presenza di donne nelle istituzioni, riconoscendone la piena dignità di status ed evitando che il loro ruolo venga oscurato da un uso non consapevole della lingua* (www.senato.it/japp/bgt/showdoc/showText?tipodoc=Sindisp&leg=15&id=268278). Sulle implicazioni della lingua nel diritto v. R. SACCO, *Lingua e diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2000, 117-134 (www.arsinterpretandi.it). Per una impostazione nuova del tema parola, nella declinazione tipicamente americana della *speech as action*, cfr. H. STAHER, *Speech is the Body of the Spirit: The Oral Hermeneutic in the Writings of Rosenstock-Huessy*, *Oral Tradition*, Vol. 2/1, New York, MacMillan, 1987.

² Per una visione unitaria dell'identità nell'ottica della complessità cfr. E. MORIN, *L'identità umana*, Raffaello Cortina, Milano, 2002.

³ "Identità personale, nel senso di immagine sociale, cioè di coacervo di valori (intellettuali, politici, religiosi, professionali ecc.) rilevanti nella rappresentazione che di essa viene data nella vita di relazione, nonché, correlativamente, ad insorgere contro comportamenti altrui che menomino tale immagine, pur senza offendere l'onore o la reputazione, ovvero ledere il nome o l'immagine fisica, deve ritenersi qualificabile come posizione di diritto soggettivo, alla stregua dei principi fissati dall'art. 2 della Costituzione in tema di difesa della personalità nella complessità ed unitarietà di tutte le sue componenti": Cass. 22-6-1985 n. 3769, in *Giust. civ.*, 1985, 1, 3049, con nota di M. DOGLIOTTI, *I diritto all'identità personale approda in cassazione. Per la ricostruzione dell'identità personale in relazione al principio di verità, che costituisce ad un tempo un limite all'esercizio della libertà e mezzo di tutela della personalità del soggetto* v. Cass. 7 febbraio 1996, n. 978, in *Dir. inf.* 1997, 115 con nota di Cassano; più risalente Cass. 18 novembre 1984, n. 5259, in *Dir. inf.*, 1985, 155.

⁴ Cass. 29 maggio 2009 n. 12670, in tema di attribuzione giudiziale del cognome al figlio naturale riconosciuto non contestualmente dai genitori, ha stabilito che "i criteri di individuazione del cognome del minore si pongono in funzione del suo interesse, che è quello di evitare un danno alla sua identità personale,

riservatezza e la possibilità di alterazione nei trattamenti informatici dei dati personali⁵.

Dell'identità, come "diritto a essere se stessi" ed essere riconosciuti – attraverso le proprie azioni e il proprio modo di sentire- dal gruppo sociale secondo le caratteristiche che ciascuno si attribuisce in base alla costruzione della propria personalità⁶, fa parte integrante l'identità sessuale, quella che attiene al proprio corpo, "mediatore tra noi e il mondo, conoscenza incorporata, *habitus*"⁷, nella proiezione personale e sociale ad essa collegata⁸.

Si tratta di un concetto complesso, all'incrocio di saperi diversi, posto che essa non è assicurata, secondo la scienza medica, dall'appartenenza al sesso biologico⁹, ma è piuttosto un punto di arrivo, un processo delicato e vulnerabile in cui è anche possibile una incertezza, una fluttuazione, una divaricazione fino all'estremo del "disturbo dell'identità di genere", che si ha quando la persona percepisca la propria identità di genere come opposta al proprio sesso (*transgender*)¹⁰.

intesa anche come proiezione della sua personalità sociale". V. anche il progetto di legge del Senato S1418, contenente *Norme a tutela del diritto all'identità personale del minore*.

⁵ Il Dlgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali, all'art. 2. intende garantire che "il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali".

⁶ La difficoltà della costruzione del concetto di identità e delle sue interne antinomie è sottolineata da A. FALZEA *Identità personale: motivi di perplessità*, in *La lesione del diritto all'identità personale*, Giuffrè, Milano, 1985, secondo il quale "non potendo coincidere con l'immagine che ognuno ha di sé dovrebbe necessariamente consistere nell'immagine che dell'individuo ha la società, ma non vi saranno mai due soggetti che vedono la persona allo stesso modo, sicché l'unità della persona nell'immagine che gli altri si formano non avrà mai i medesimi caratteri, e si dissolve nel nulla"; e, sotto un diverso profilo, da ZENO ZENCOVICH, voce «*Identità personale*», nel *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., IX*, Utet, Torino, 1993, 294: "In questa contrapposizione fra pubblico e privato si condensano le apparenti contraddizioni della personalità, che per un verso vuole rimanere nascosta, al riparo da ingerenze esterne, e dall'altro vuole manifestarsi all'esterno con il massimo di chiarezza possibile". Per G. CASSANO, *Diritti della personalità e le aporie logico dogmatiche di dottrina e giurisprudenza. brevissimi cenni, Il diritto di famiglia e delle persone*, 2000, fasc. 2/3, le suddette difficoltà sono superabili con la individuazione del concetto di identità personale che "è solo quella oggettiva, espressa in un dato momento storico, così come è accolta dalla società, o meglio, dalla pluralità dei consociati". La perdita dei confini identitari nella post modernità è denominata da Bauman "identità fluida": Z. BAUMAN, *La modernità liquida*, Bari, Laterza, 1992

⁷ P. BOURDIEU, *Il corpo tra natura e cultura*, Milano, Franco Angeli, 1988.

⁸ La Cassazione 10 maggio 2005 n. 9801 in *Giust. civ.* 2006, 1, 93 con nota di A. MORACE PINELLI *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*, e in *Fam. dir.* 2005, 365 con nota di M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, ha riconosciuto il diritto alla sessualità e considerata violazione idonea a determinare il risarcimento del danno la mancata informazione da parte del futuro marito della propria "impotentia coeundi" con compromissione del diritto alla sessualità del coniuge, della comunione materiale e spirituale e dei progetti di maternità, dando rilevanza alla "persona umana intesa nella sua totalità, nella sua libertà - dignità, nella sua autonoma determinazione al matrimonio, nelle sue aspettative di armonica vita sessuale". Trib. Salerno, 8 marzo 1998, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 1057, ha affermato il "riconoscimento del primario diritto alla propria identità sessuale".

⁹ Per sesso biologico si intende il corredo genetico, i caratteri biologici, fisici e anatomici che producono il binarismo maschio / femmina

¹⁰ *Transgender* è la definizione più generale che accomuna sotto un'etichetta non clinica tutte le varianti di genere, come il *Transsessualismo*, sottocategoria dei disturbi di identità di genere che indica coloro che stanno cercando di "passare" (*trans*) al sesso opposto o che hanno avuto una rassegnazione chirurgica di sesso; e *Travestitismo*: si riferisce quasi sempre a uomini che hanno il bisogno compulsivo di vestirsi con indumenti femminili, ma che vogliono conservare la loro maschilità. Il concetto opposto è quello di "*Cisgender*" che indica la persona che ha la conformazione morfologica di un sesso (maschio/femmina), sente di appartenere al genere ad esso relativo (identità) e viene in modo conforme percepita dagli altri (ruolo). L. GOOREN *The biology of human psychosexual differentiation, in Hormones and Behavior*, 2006; SE. OLSSON, MÖLLER A. REGRET, *After sex reassignment surgery in a male-to-female transsexual: a long-term follow-up, in Arch Sex Behav.* 2006.

Genere¹¹ è dunque una costruzione socio-culturale¹², che implica la rappresentazione di comportamenti (ruoli)¹³ che rivestono il corredo biologico (sesso) e danno vita allo *status* di uomo / donna¹⁴. Sesso e genere¹⁵ non costituiscono pertanto due dimensioni contrapposte ma piuttosto due entità interdipendenti: la percezione sessuata di se stessi e della propria individualità "maschile o femminile" nel tempo dà luogo alla identità di genere come componente del processo di costruzione dell'identità personale. Sulla tematica del genere vi è una grande attenzione da parte dell'Unione europea nella dimensione del raggiungimento di una effettiva parità fra uomo-donna ma anche nella lotta alle discriminazioni basate sulle "differenze"¹⁶ e sui diversi orientamenti sessuali.

Orientamento sessuale indica l'attrazione fisica ed affettiva per una persona in relazione al sesso, che riguarda sia un insieme di sensazioni e preferenze (aspetto affettivo) sia il comportamento sessuale (aspetto erotico).

Anche per tale parametro, che comprende le varianti dell'eterosessuale, bisessuale, omosessuale, si ravvisano transizioni discrete piuttosto che sbarramenti, tanto che si parla di soglia di omosessualità per gli etero e di soglia di eterosessualità per gli omo.

Sono evidenti i legami fra orientamento sessuale e identità di genere: nel caso del transessuale, ad esempio, l'osservatore esterno gli attribuisce un orientamento omosessuale, mentre la persona transessuale si sente e si ritiene eterosessuale.

La tematica trans registra tuttavia una varietà di posizioni: c'è chi auspica e chi rifiuta l'intervento chirurgico; chi trova in un'inedita coabitazione di sesso di un genere e di identità dell'altro la condizione di equilibrio, con ciò rinforzando, paradossalmente, i termini che così vantaggiosamente, sembrava, erano stati disgiunti: sesso e genere. Queste persone cercano la loro sintesi: non avendo potuto adattare la propria identità al proprio sesso vogliono che il loro sesso si adatti alla loro identità, riconciliando in modo opposto le

¹¹ La parola "genere" è già entrata nel diritto positivo sostituendo la parola "sesso": non è solo la scelta di un termine che suona più "raffinato", ma è una scelta teorica ben precisa nella direzione della negazione della naturale differenza uomo/donna come fondamento antropologico dell'identità sessuale e della famiglia: così L. PALAZZANI, *Identità di genere? Dalla differenza alla in-differenza sessuale nel diritto*, San Paolo ed., Milano, 2009.

¹² Così lo ha definito anche il Consiglio d'Europa nel 1998. " d'Europa, 1998: "Genere è la definizione socialmente costruita di donne e uomini ed è anche una definizione culturalmente costruita della relazione tra i sessi. E' l'immagine sociale della diversità di sesso biologica, determinata dalla concezione dei compiti, delle funzioni e dei ruoli attribuiti a donne e uomini nella società e nella sfera pubblica e privata. E' una definizione di femminilità e mascolinità culturalmente specifica, che come tale varia nello spazio e nel tempo..."

¹³ M Mead fu tra le prime a *sostenere il carattere di costruzione culturale dei ruoli basato sul sesso e ad analizzare la difficile questione se i ruoli maschili e femminili sono risultati di influenze biologiche o culturali*: M. MEAD, *Sesso e temperamento in tre società primitive* (Sex and Temperament in Three Primitive Societies – 1935) Ed. it. Il Saggiatore, Milano, 2009; ID., *Maschio e femmina: uno studio dei sessi in un mondo che cambia* (Male and Female: A Study of the Sexes in a Changing World – 1949) Ed. it. Mondadori, 1991.

¹⁴ Genere non è dunque sinonimo di sesso: il genere, in quanto processo, trasforma le differenze biologiche in differenze sociali che definisce 'donna' e 'uomo'. E' una sorta di *rivestimento sociale, di concetto culturalmente specifico e dinamico in quanto l'identità di genere e le norme sociali che regolano gli specifici comportamenti variano tra le culture; è infine* concetto relazionale in quanto si riferisce sia a uomini che a donne e al loro modo di interagire.

15

"Sesso e genere distinguono due universi, quello corporeo (biologico e anatomico) e quello mentale (psicologico e culturale) intesi secondo la tradizione occidentale come combacianti naturalmente e mutuamente escludentesi": R. STOLLER, *Sex and Gender: The Development of Masculinity and Femininity*, Maresfield Library, London, 1994.

¹⁶ Agenzia dei diritti fondamentali dell'UE; Osservatorio europeo fenomeni razzisti e xenofobi (EUMC); Dir. 2006/54/CE del 5 luglio 2006 sulla parità nel lavoro; Proposta di dir. n. 426/2008, contro le discriminazioni dirette, indirette (quando «una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata religione o convinzione, con una disabilità, di età o di orientamento sessuale in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone») e le multi discriminazioni.

due parti costitutive dell'*unicum*¹⁷, analogamente a quanto avviene idealmente per i soggetti eterosessuali¹⁸. «In questi termini l'esperienza transessuale conferma quella eterosessuale ed entrambe stabiliscono che esistono due rive opposte, quali unici territori calpestabili, che non si può stare in mezzo, né tenere i piedi su entrambe le sponde»¹⁹.

Proprio la considerazione di questa particolare situazione, distinta dunque dall'orientamento omosessuale²⁰, che implica l'attrazione verso persone dello stesso sesso con le quali si condivide il medesimo genere, ha determinato l'emanazione della legge 14 aprile 1982 n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*) con carattere "sanatorio" per le situazioni di fatto esistenti²¹ e autorizzativo, nel caso in cui il trattamento chirurgico non sia stato ancora eseguito²².

Si può discutere se la legge contenga un paradosso o piuttosto una conferma di un equilibrio consolidato che ha trovato nella categorizzazione dei generi sessuali un fattore di stabilità e di sicurezza. La risposta legislativa al cosiddetto cambiamento di sesso può interpretarsi come accoglimento e accettazione ovvero come rimedio nei confronti delle varianti dell'identità che mettono in crisi modelli consolidati. In ogni caso la scelta del legislatore è stata quella di disciplinare *questa* particolare fattispecie, scelta che si inserisce comunque in modo armonico nella tutela dei diritti fondamentali della persona.

La L. 164/82, con riferimento al transessuale coniugato, ha disciplinato le conseguenze che il cambiamento di sesso, una volta ammesso, determina sulla sorte del matrimonio²³ prevedendo (art. 4), che la sentenza provochi "lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso", aggiungendo che "si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1 dicembre 1970, n. 898 e successive modificazioni" (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*).

2. I riferimenti al transessualismo nelle ordinanze di rimessione.

I riferimenti alla "situazione delle persone transessuali" contenuti nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, documenti posti a base del dibattito del Seminario

¹⁷ "Si, ci sono molteplici Me in una persona ma non si frequentano affatto e sono federati attraverso un Io unico": E. MORIN, *op. cit.*, 77.

¹⁸ *Amplius*, sul tema, D. LA TORRE, M. GUZZO, *Il disturbo di identità di genere tra normalità e delirio*, 2006.

¹⁹ R. SABATINI, *L'esperienza transessuale: un'interpretazione*, <http://www.psicologiaonline.it/Transessualita.html>

²⁰ La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti umani su transessualismo e omosessualità è significativa: cfr. Corte EDU, sentenze del 27.9.1990, *Cossey v. UK* (ric. n. 10843/84) e dell'11.7.2002, *Christine Goodwin v. UK* (ric. n. 28957/95); Corte GCE, sent. del 7.1.2004 (causa C-117/01), *K. B.*; Corte EDU, sent. del 27.9.1999, *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom* (appl. no. 31417/96 e 32377/96) e Corte GCE, sent. del 17.2.1998, nel caso *Grant* (C-249/96) e sent. dell'1.4.2008 nel caso *Maruko* (C-267/06) e sent. 346/2008 nel caso *Ruffert* (in *Giur. It.* 2009, con nota di L. RONCHETTI). Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Recenti orientamenti di diritto Europeo in materia di discriminazione dei transessuali*, in *Europa e Diritto Privato*, 2004, 3, p. 989 ss.; M.C. DI GANGI *Le nuove frontiere giuridiche della transessualità: brevi osservazioni comparatistiche*, in www.diritto.it.

²¹ Art. 2, accertamento delle condizioni psico-sessuali del soggetto; art. 6, persona che si è già sottoposta al trattamento chirurgico per l'adeguamento del sesso.

²² Art. 3, autorizzazione con sentenza, successiva rettificazione in camera di consiglio. Si segnala la tendenza, già seguita in altri ordinamenti (v. la Legge spagnola 3/2007 de 15 de marzo, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*), a svincolare la rettificazione del sesso dall'operazione chirurgica, denominata "rassegnazione chirurgica dell'identità sessuale", anche in considerazione dei casi, non infrequenti, di "ripensamento" su scelte radicali (V. Trib. Velletri, 2 novembre 2005, in *Dir. pers. fam.*, 2005, che ha rifiutato la richiesta di un transessuale, che aveva mutato il proprio sesso da uomo a donna, di riottenere il sesso originario senza sottoporsi ad intervento chirurgico): v. i progetti di legge S. 604; C. 1066 del 15 maggio 2008.

²³ L'Art. 2 della L. 164/82 impone l'obbligo di notificare al coniuge e ai figli la domanda di rettificazione.

ferrarese, hanno costituito lo spunto per una riflessione a margine della più ampia e articolata tematica della riconoscibilità costituzionale del diritto dell'individuo omosessuale a contrarre matrimonio con persona del proprio sesso.

In particolare le ordinanze dei Tribunali di Venezia²⁴ e Ferrara²⁵ rilevano una irragionevole disparità di trattamento fra la condizione dell'omosessuale e la situazione del soggetto coniugato che abbia dopo la celebrazione del matrimonio mutato il proprio sesso originario.

Trib. Ferrara (Ord. 11 Dicembre 2009) fa leva sulle argomentazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale²⁶, che ha confermato la legittimità della L. 164/82: qui l'orientamento del transessuale viene interpretato come naturale modo di essere, laddove si afferma che "la legge di rettificazione del sesso si è voluta dare carico di questi "diversi" producendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità"... collocandosi "nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana". Da questa considerazioni il Tribunale ritiene si possa desumere un "profondo cambiamento dell'istituto del matrimonio civile, che ne consente la celebrazione fra soggetti dello stesso sesso biologico ed incapaci di procreare, valorizzando così l'orientamento psicosessuale della persona".

Anche Trib. Venezia (Ord. 3 Aprile 2009) ritiene che l'esclusione degli omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso violi il principio di ragionevolezza "raffrontata all'analoga situazione delle persone transessuali che, ottenuta la rettificazione di attribuzione di sesso in applicazione della L. 164/82, possono contrarre matrimonio con persone del proprio sesso di nascita". Anche in questa ordinanza si ritengono "pienamente mutuabili per gli omosessuali" le affermazioni contenute nella richiamata sentenza della Corte, mettendo in rilievo "la discriminazione fra coloro che hanno un orientamento psichico che li spinge ad una unione omosessuale e i transessuali che sono ammessi al matrimonio pur appartenendo allo stesso sesso biologico ed essendo incapaci di procreare".

Nella "Traccia per la discussione", fornita ai partecipanti del "Seminario preventivo", viene rimarcato come la legge sulla rettificazione del sesso (anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale che ne ha confermato la legittimità), farebbe ritenere già vigente il matrimonio fra persone con lo stesso sesso biologico (quale è quello che perdura fra i coniugi dopo la rettificazione del sesso di uno dei due). Verrebbe così attenuata la inderogabilità del paradigma tradizionale della eterosessualità dei coniugi, ponendo una questione di eguaglianza sul diritto costituzionale alla famiglia fra chi ha mutato chirurgicamente il proprio sesso, e vede riconosciuto tale diritto, e chi non lo ha fatto, e si vede negato lo stesso diritto, con conseguenze aberranti (*O si nega che quello sia un diritto costituzionalmente garantito, o il mutamento chirurgico del sesso biologico, posto come condizione al riconoscimento del diritto, diverrebbe una sorta di trattamento sanitario obbligatorio lesivo della dignità umana*).

3. Il matrimonio dopo la rettificazione del sesso: tesi dell'automatico scioglimento.

L'analogia fra le due ipotesi non appare tuttavia convincente.

Anche nella relazione della Prof. Pezzini²⁷ emergono dubbi sulla assimilabilità delle due

²⁴ Tribunale di Venezia, Sez. III civile, Ord. 3 Aprile 2009, in Fam. Dir., 2009, 823, con nota di M. BONINI BARALDI, "Comizi d'amore" in tempo di crisi, il quale non condivide il parallelismo fra transessualismo e omosessualità ma auspica scelte innovative in sintonia con un adeguamento della nozione di famiglia, coerente con la protezione accordata agli omosessuali.

²⁵ Tribunale di Ferrara, Ord. 11 Dicembre 2009, <http://web.unife.it/convegni/amicuscuriae/>

²⁶ Corte Cost. 6 maggio 1985, n. 161, in *Giur. It.*, 1987, 1, 236, con nota di M. DOGLIOTTI, *La corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*.

²⁷ B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in www.amicuscuriae.it.

fattispecie, posto che la rettificazione di cui alla L. 164/82 “ribadisce e conferma il dualismo di genere e conserva la norma eterosessuale del matrimonio”. L’A. ritiene tuttavia ipotesi marginale, ancorché significativa, quella in cui il matrimonio, celebrato fra persone di sesso diverso, sopravvive dopo il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi per mancata proposizione di domanda di divorzio: caso emblematico di incrinatura del paradigma eterosessuale del matrimonio (sebbene ricordi che la soluzione giurisprudenziale privilegia la automaticità dello scioglimento del matrimonio a seguito di sentenza di rettificazione del sesso).

In relazione al cambiamento di sesso di uno dei coniugi come causa di scioglimento del matrimonio (art. 3, lett. g) l. 898/1970), abbiamo proposto²⁸ una interpretazione sistematica della legge sul divorzio e della legge sulla rettificazione di sesso (art. 4 l.n. 164/1982) in base alla quale il “giudice del divorzio” mantiene la competenza a decidere sui rapporti residui (fra gli ex coniugi e nei confronti dei figli) e provvede sullo scioglimento qualora questo –pur se seguito automaticamente alla sentenza rettificativa del sesso- non sia stato pronunciato in quella sede²⁹. Ciò in quanto uno scioglimento di tipo “divorzile”, cioè subordinato alla iniziativa di parte, sarebbe concepibile, a nostro parere, solo in ordinamenti che – a differenza del nostro- prevedono anche il matrimonio omosessuale³⁰, poiché in questo caso sarebbe consentito transitare dall’uno all’altro di tali modelli (entrambi legalmente riconosciuti), anziché divorziare, riguardando ciò solo le scelte personali degli interessati.

La pronuncia di scioglimento in questa particolare fattispecie, che si differenzia nettamente dalle altre cause di divorzio – incidenti sulla sopravvivenza del rapporto matrimoniale, qui automaticamente cessato- avrebbe pertanto natura dichiarativa e non costitutiva, poiché si limiterebbe ad accertare un effetto estintivo già verificatosi con la sentenza di rettificazione del sesso³¹. Il che sottolinea la profonda differenza esistente con i casi

²⁸ M.E. LA TORRE, *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, tomo II del *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano 2002, 1189 ss.

²⁹ Sul punto v. le perplessità avanzate da SCIANCALEPORE, STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, 2002, p. 89, che sottolineano la mancanza di tutela del coniuge costretto a subire il divorzio la cui iniziativa risale al solo transessuale. Ivi, p. 93 ss., sulla libertà matrimoniale del transessuale e sulla esistenza di un errore essenziale sulle qualità personali in caso di mancata conoscenza del transessualismo da parte dell’altro coniuge.

³⁰ Per una panoramica sullo stato della legislazione europea sulle convivenze omosessuali cfr. D’ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, in *Quaderni della Riv. dir. civ.*, n. 2, Padova 2003; FRENI, PATRUNO, *Dinamiche sociali ed esperienza giuridica nell’evoluzione del diritto di famiglia in Europa*, in *Famiglia*, 2004, p. 585 ss.; M. SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Famiglia*, 2003, p. 137 ss.; ZANETTI, SESTA, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Famiglia*, 2004, p. 701 ss.; F. VIGLIONE, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia in Inghilterra: il "Civil Partnership Act 2004"*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2007, 405 .

.Sugli orientamenti delle Corti americane v. V. BARSOTTI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso. Orientamenti recenti delle Corti americane*, in *Corr. Giur.* 2007, p. 1023

³¹ Pret. Camerino, 28 febbraio 1996 (doc. UDA) ha affermato che “La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non costituisce il presupposto processuale per la pronuncia di scioglimento del matrimonio (o di cessazione degli effetti civili del matrimonio religioso), poichè in presenza di una situazione di accertata cessazione della disparità di sesso tra i due coniugi, il vincolo, a norma dell’art. 4 legge 164/1982 e dello art. 3 n. 2 lett. g) legge 898/1970 mod. legge 74/1987, viene automaticamente a cessare. Diversamente la diacronicità di due successive sentenze tra loro distinte, la prima di rettificazione del sesso e la seconda di divorzio, implicherebbe il riconoscimento del perdurare - per un periodo più o meno lungo se non indeterminato - di un vincolo che non sarebbe potuto sorgere in ipotesi di originaria identità di sesso tra i nubendi. A ciò non osta l’impossibilità di inserire nella struttura del procedimento che sfocia nella sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso la procedura conciliativa davanti al Presidente del Tribunale in quanto detta procedura è stata già derogata dal legislatore in ipotesi di domanda congiunta di divorzio. Onde nel caso di specie essa deve ritenersi del tutto impraticabile in quanto diretta alla conciliazione, cioè a dire al ripristino della comunione materiale e spirituale che è

contemplati nelle precedenti lettere (a-f) dell'art. 3 della legge sul divorzio, che sono, essi sì, soggetti all'accertamento "costitutivo" del giudice del divorzio³².

Uno spunto letterale a conferma dell'interpretazione proposta della legge sulla rettificazione e dei suoi effetti, si rinviene nella richiamata sentenza della Corte n. 161/85, laddove afferma – con riferimento alla rilevata questione di illegittimità per contrarietà all'art. 29 cost.- che "il legislatore si è 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".

4. Segue: tesi della sopravvivenza del vincolo matrimoniale.

Si deve tuttavia tener conto della elaborazione a livello dottrinale e legislativo (sia interno sia comunitario) di modelli familiari alternativi al matrimonio eterosessuale, argomento del dibattito del Seminario di Ferrara, che vede nelle ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale l'emersione di istanze di tutela di diritti fondamentali e che incide anche, indirettamente, sul tema specifico del divorzio del transessuale³³, qui utilizzato nella particolare prospettiva del rafforzamento della tesi dell'ammissibilità, alla luce dei principi costituzionali, del matrimonio *same gender*.

Anche ammettendo una soluzione interpretativa opposta rispetto a quella che ritiene non possa sopravvivere il vincolo matrimoniale dopo che uno dei coniugi abbia rettificato il proprio sesso, non si perverrebbe, a nostro parere, a una diversa valutazione degli effetti della fattispecie.

Riconosciuta la persistenza del matrimonio originario, che nasce eterosessuale e diventa omosessuale, la figura resterebbe pur sempre confinata nell'ambito di una vicenda talmente singolare da non essere proponibile come prova di ammissione del matrimonio omosessuale. Quella vicenda, infatti, è il risultato di una metamorfosi anatomica che, se idonea a trasformare il sesso di uno dei due partner, non vale tuttavia a mutarne l'identità nel complesso di tutti quei valori antropologici (capacità affettiva, sentimenti, carattere, modo d'essere), che denotano la personalità di un soggetto. Non è detto, quindi, che si produca nell'altro componente della coppia una avversione tale da ripudiare quel *consortium omnis vitae* che fu all'origine del matrimonio eterosessuale. E poiché si tratta di una delicatissima scelta esistenziale, si potrebbe ritenere – contro la proposta interpretazione sistematica di automatico scioglimento a seguito della rettificazione - che sia lasciato alle parti la decisione di chiedere o meno lo scioglimento del matrimonio.

Ma il solo fatto che la sopravvenuta identità di sesso fra i coniugi conferisca la facoltà di sciogliere il matrimonio, è la prova migliore che la diversità originaria era una condizione

esclusa dall'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali di uno dei coniugi. Ne' appare di ostacolo alla pronuncia di un'unica sentenza l'eventuale diversa competenza territoriale del giudice della rettificazione dell'attribuzione di sesso (giudice del luogo di residenza del coniuge transessuale) e di quello del divorzio (giudice del diverso luogo di residenza dell'altro coniuge) in quanto si verifica l'attrazione della causa di divorzio alla causa di rettificazione per ragioni di pregiudizialità".

³² V. Trib. Fermo 28 febbraio 1996, in *Giur. It.*, 1998, pagg. 2083-2086, con nota di I. CORTI, *Mutamento di sesso e divorzio del transessuale: problemi di ieri e di oggi*, che in relazione alla questione dello scioglimento del vincolo matrimoniale o la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, ha accolto la domanda del coniuge di pronunciare contestualmente alla rettificazione degli atti di stato civile dell'attore la cessazione degli effetti del matrimonio concordatario ai sensi dell'art. 3 n. 2 lett. g l. 898/1970, modificata dalla l. 74/1987. Il Tribunale ha escluso che nel procedimento di divorzio a seguito di rettifica di attribuzione di sesso la praticabilità del tentativo di conciliazione davanti al Presidente del Tribunale, stante l'impossibilità del ripristino della comunione materiale e spirituale tra i coniugi.

³³ Poiché il riconoscimento legislativo del matrimonio omosessuale consentirebbe, in caso di transessualismo di uno dei coniugi, la continuazione del rapporto matrimoniale (e non l'automatico scioglimento), data in questo caso la libera ed ammessa conversione da una *species* all'altra dello stesso *genus*.

necessaria per contrarlo³⁴.

5. Cenni conclusivi.

L'intensa partecipazione al Seminario preventivo di Ferrara sul tema del superamento del paradigma eterosessuale del matrimonio, la significativa produzione dottrinale, il coinvolgimento della giurisprudenza, sempre più spesso chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del rifiuto dell'Ufficiale dello stato civile a trascrivere il matrimonio fra omosessuali contratto nei Paesi ove ciò è legislativamente ammesso³⁵, fanno ritenere di grande rilievo, dal punto di vista sociale e giuridico, il prossimo intervento della Corte costituzionale.

In tale direzione si considerano di grande stimolo all'approfondimento del dibattito le ordinanze di rimessione alla Corte, che hanno il pregio di avere sollevato un problema che, a nostro avviso, non può che trovare la più idonea soluzione in un intervento del legislatore che disciplini in modo espreso ed appropriato le molteplici situazioni personali collegabili alle coppie di fatto, omo ed eterosessuali.

* Testo rielaborato della comunicazione al Seminario La «società naturale» ed i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio, Ferrara 26/2/2010, i cui Atti sono in corso di pubblicazione per Giappichelli, Torino, nella collana Amicus curiae (e-book), a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi. di R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZETTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI.

** Ordinaria di Istituzioni di diritto privato nell'Università di Messina

³⁴ A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, in *Forum di quaderni costituzionali*, e in www.forumcostituzionale.it che ritiene non appropriatamente confrontabili le due situazioni e che la condizione matrimoniale del transessuale avvalorata la tesi della diversità di sesso per la celebrazione di un valido matrimonio.

³⁵ Hanno ritenuto legittimo il rifiuto dell'Ufficiale di stato civile a trascrivere il matrimonio contratto all'estero fra due persone dello stesso sesso: Trib. Latina, 10 giugno 2005, in *Fam. Dir.* 2005, 411, per inesistenza e contrarietà all'ordine pubblico, ritenendo la diversità di sesso elemento essenziale del matrimonio (con note di P. SCHELESINGER, p. 415, e B. BONINI BARALDI, p. 418) e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 86, con nota critica di F. BILOTTA, *Matrimonio (gay) all'italiana*; App. Roma, 13 luglio 2006 (in *Fam. dir.*, 2007, 166, con nota di M. Sesta, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*), in quanto "tale unione non presenta uno dei requisiti essenziali per la sua configurabilità come matrimonio nell'ordinamento interno, cioè la diversità di sesso fra gli sposi"; App. Firenze, 27 giugno 2008, in *Giur. It.*, 2009, 1415, con nota critica di M. MONTALTI e in *Giur. Merito*, 2009, 1225, con nota critica di C. MANASSERO, *Matrimonio fra persone dello stesso sesso*, poiché tutta la normativa positiva sul matrimonio fa espreso riferimento alla unione fra persone di sesso diverso; Trib. Bergamo, 21 febbraio 2009, data l'inesistenza del matrimonio fra due persone dello stesso sesso; Trib. Torino, 4 giugno 2009, ritiene sia inibito al giudice un intervento creativo in questa materia, riservato solo al legislatore.