

Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi

di Marco Gattuso
(10 dicembre 2012)

Sommario: 1) Il caso; 2) Le diverse opzioni interpretative della legge ordinaria; 3) La giurisprudenza di merito; 4) Le recenti modifiche processuali (d.lgs. 150/2011); 5) La giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle Corti europee; 6) La protezione del matrimonio e dell'identità personale nella Legge fondamentale tedesca; 7) La protezione del matrimonio e dell'identità personale nella nostra Costituzione; 8) Alcune obiezioni in dottrina; 9) Conclusioni

1. Il caso

La vicenda di una coppia sposata il cui matrimonio, nonostante la contraria volontà dei coniugi, è stato dichiarato sciolto per effetto del mutamento di sesso del marito è l'occasione per una riflessione sulla protezione del matrimonio e dell'identità personale nel nostro ordinamento.

Qualche anno dopo avere contratto regolare matrimonio con rito cattolico, il marito prendeva coscienza della maturata dissociazione tra il proprio sesso biologico e l'identità di genere cui sentiva di appartenere ed intraprendeva il percorso della rettificazione di sesso, in ciò coadiuvato ed assistito dalla moglie che ne condivideva le difficili scelte. Ottenuta dal tribunale di Bologna con sentenza del 30 giugno 2009 l'autorizzazione alla rettificazione di sesso, i coniugi non attivavano alcuna procedura di divorzio, intendendo mantenere la loro comunione di vita spirituale e materiale ed intendendo restare coniugati.

Ciò nonostante, l'ufficio di stato civile del Comune di Finale Emilia annotava l'avvenuto «*scioglimento del matrimonio*», assumendo che la sentenza di rettificazione di sesso anagrafico avesse prodotto automaticamente la cessazione del vincolo matrimoniale (*rectius*, la cessazione dei suoi effetti civili)¹.

I coniugi ricorrevano, allora, all'Autorità Giudiziaria sottolineando la loro volontà di restare sposati ed osservando come nella specie non sussistesse alcun provvedimento giurisdizionale che avesse disposto la cessazione del loro matrimonio. Il tribunale di Modena, rilevata la carenza di una pronuncia sul vincolo, accoglieva il ricorso e disponeva la cancellazione della detta annotazione². Impugnata tale decisione dal Ministero dell'Interno, la Corte

1

L'Ufficiale di 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, dopo l'annotazione della sentenza del tribunale di Bologna n. 23 del 2009, l'ulteriore annotazione che «*la sentenza sopra menzionata ha prodotto ai sensi dell'art. 4 della legge n. 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*». L'annotazione era eseguita dal p.u. seguendo la vigente normativa interna (*Massimario per l'ufficiale di stato civile, Guida all'applicazione del regolamento di stato civile*, ed. 2010, par. 11.5: «In conclusione, la sentenza di rettificazione, in quanto determina *ipso jure* lo scioglimento, come è espressamente detto nell'art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, senza necessità di una ulteriore pronuncia giudiziaria, deve essere annotata nell'atto di nascita dell'interessato - art. 49, lett. "g", del D.P.R. 396/2000 -, in quello di matrimonio - art. 69, lett. "d" - ed in quello di nascita dell'altro coniuge; la sentenza di divorzio segue, al riguardo, la disciplina di cui all'art. 5, primo comma, della legge n. 898/1970, ed all'art.49, lett. "g", del D.P.R. 396/2000»). Il Comune comunicava quindi la variazione agli uffici dei comuni di nascita e di residenza.

d'Appello di Bologna, con decreto del 4 febbraio 2011, la riformava ritenendo che l'ufficiale di Stato civile si fosse limitato ad applicare la normativa vigente; la Corte reputava dunque implicitamente che l'estinzione del vincolo fosse da considerare come mero effetto implicito della sentenza di rettificazione di sesso, pure in mancanza di un'espressa pronuncia del giudice³.

2. Le diverse opzioni interpretative della legge ordinaria

La possibilità di ottenere la rettificazione legale in seguito al mutamento di sesso è riconosciuta nel nostro ordinamento ormai da un trentennio, grazie alla legge n. 164 del 14 aprile 1982⁴.

È pacifico che dopo la rettificazione di sesso la persona possa contrarre matrimonio con una persona del proprio stesso sesso biologico. Sul punto si è espressa difatti la Corte europea dei Diritti dell'Uomo affermando che l'impossibilità per un transessuale di sposare una persona del sesso al quale apparteneva prima dell'operazione chirurgica costituisce una violazione del suo diritto di contrarre matrimonio ex art. 12 della Convenzione⁵.

Sin dagli esordi si è evidenziata, invece, una tangibile difficoltà interpretativa con riguardo alla regolamentazione del matrimonio

TRIB MODENA, II sez. civile, decreto 27/10/2010 in *Fam. pers. succ.*, 2011, 1, 72, con nota COSTANZO.

3

CORTE APP.BOLOGNA, decreto del 4/2/2011 in *Fam. pers. succ.*, 2011, 1, 629, con nota COSTANZO. La vicenda è ancora *sub iudice* essendo stato proposto ricorso in cassazione. Commentano, criticamente, la decisione, FORTINO *L'ufficiale di stato civile diventa giudice e pronuncia una sentenza di divorzio*, in www.personaedanno.it; LORENZETTI *Il Caso Bernaroli Quali soluzioni per un sistema "incartato"?* Intervento alle *IV Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale* cit. in corso di pubblicazione negli *Atti del convegno IV Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale su Le discriminazioni in base all'orientamento sessuale (la condizione degli omosessuali e dei transessuali nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale)*, Fortaleza (Brasile) 20-21 ottobre 2011; SCHUSTER, *L'identità di genere: tutela della persona o dell'ordinamento?* in *La Nuova Giur. Civ. Comm.* 2012, I, 259.

4

Sino alla riforma la posizione della S.C. era stata di netta chiusura, con la negazione di ogni rilevanza giuridica ai profili psicologici della identità sessuale (cfr. CASS Sez. 1, Sentenza n. 1847 del 13/06/1972 per cui «la psicosexualità non può assurgere ad elemento decisivo e determinante ai fini dell'individuazione del sesso, specie quando il processo patologico viene favorito ed accentuato a seguito di modifiche morfologiche artificiali» in *FORO IT* 1972, 2399; conforme, tra le altre, Sez. 1, Sentenza n. 2161 del 03/04/1980, in *Giur It* 1980, 1864 con nota GALBIATI *Transessualismo e rettifica dell'atto di nascita* ed in *Giust Civ* 1980, 1513 con nota M. FINOCCHIARO *'Ei fu' (qualche osservazione sugli interventi chirurgici cosiddetti demolitori degli organi genitali esterni)*. La giurisprudenza di merito, dopo una iniziale chiusura («nessuno può essere ritenuto dell'uno o dell'altro sesso esclusivamente in base al proprio interno convincimento», TRIB PALERMO 17/3/1972, in *Dir Fam* 1972, 507) aveva mostrato maggiore apertura interessando anche la Corte Costituzionale, che in una prima pronuncia non aveva ravvisato tuttavia un diritto costituzionale all'identità sessuale, ritenendo che l'art. 2 della Costituzione, nel riconoscere i diritti «che costituiscono patrimonio irrettabile della ... personalità deve essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali ..., quanto meno nel senso che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti» (sentenza 1/8/1979 n. 98); la Corte aveva segnalato nondimeno la possibilità di un intervento del Legislatore e questi (per una volta tempestivamente) era intervenuto con la disciplina del 1982. Per un esame assai approfondito del quadro normativo e delle problematiche connesse, vedi da ultimo PALMERI *Il cambiamento di sesso in Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti III, 5, 729 e PEZZINI *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere e l'uguaglianza* in corso di pubblicazione negli *Atti del convegno IV Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale* cit..

5

CORTE EUR. DIR. UOMO *Goodwin v United Kingdom*, 11 luglio 2002. Con questa decisione è stato ribaltato il principio enunciato nel precedente anglosassone *CORBETT v. CORBETT* del 1971 che sino ad allora aveva assunto forza di precedente giudiziario in tutti i Paesi di Common Law (seppure superato o aggirato in alcune pronunzie statunitensi).

precedentemente contratto dal/la transessuale. L'art. 4 della legge stabiliva al riguardo che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso «provoca» lo scioglimento del matrimonio, aggiungendo che «si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898 e successive modificazioni». Nella prima fase di vita della normativa la dottrina aveva discusso a lungo se lo scioglimento del matrimonio fosse effetto già della sentenza di rettificazione di sesso, come sembrava suggerito dall'utilizzo del verbo «provoca», o se fosse comunque necessaria l'attivazione di un'apposita procedura di divorzio, come poteva desumersi dalla necessità di applicare la relativa disciplina. L'ipotesi dell'automaticità era avversata da autorevole dottrina sul rilievo che avrebbe privato di significato il rimando alla normativa sul divorzio e che avrebbe pregiudicato gravemente i diritti dell'altro coniuge e dei figli⁶. Per contro, altra opinione propugnava fortemente l'automaticità in quanto ritenuta conseguenza indefettibile del principio per cui il matrimonio presuppone sempre la differenza di genere⁷.

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 di ammissibilità del ricorso per la rettificazione di sesso⁸. 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. La S.C. assumeva tra le varie ragioni di presunta illegittimità costituzionale 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

6

Per M.FINOCCHIARO il termine "provoca" «non importa che automaticamente venga meno il precedente vincolo: la pronuncia è, all'opposto, una delle cause che legittimano la richiesta di divorzio» (*I transessuali di nuovo dinanzi alla Corte Costituzionale*, *Giust Civ.* 1983, 3247). Secondo l'A. «pur se, da un lato, la locuzione "provoca" pare indichi che il divorzio sia, nella specie, una conseguenza, legale, dell'accertato nuovo sesso (incompatibile con il sopravvivere del vincolo coniugale), dall'altro, il richiamo alla legge n. 898 del 1970 e alla necessità di osservarne le relative disposizioni, appare del tutto ultroneo, e privo di significato, se fosse vera la tesi sostenuta»; l'A. sottolineava in particolare come la rettificazione non abbia efficacia retroattiva e non sia dunque possibile la pronuncia del divorzio in assenza di un suo presupposto sino al passaggio in giudicato della rettificazione; come il rimando alla normativa sul divorzio comporti la necessità di rispettare la competenza territoriale del giudice del divorzio (nel luogo di residenza del convenuto, mentre il giudice della rettificazione è nel luogo di residenza dell'attore) e la necessità della fase presidenziale che verrebbe di fatto abrogata (*Divorzio e transessualismo*, *Giust Civ* 1983, 996). Tra i primi commenti anche PEZZINI osserva che «non sembra che si possa correttamente prescindere, anche per l'espresso rinvio alla l. 1 dicembre 1970 n. 898, dalla instaurazione di un separato giudizio ... successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso» (*Transessualismo, salute e identità sessuale*, *Rass Dir Civ* 1984, 461).

7

PATTI e WILL *Legge 14 aprile 1982, n. 164, norme in materia di rettificazione e attribuzione di sesso in NLCC*, 1983, 35., i quali non mancavano, tuttavia, di osservare come tale soluzione «sembra privare di ogni tutela il coniuge dell'interessato, non potendosi sotto tale profilo considerare rilevante la notificazione prevista dall'art. 2».

8

PATTI e WILL *Legge 14 aprile 1982, n. 164, cit.*, 43.

nell'ambito dello stesso procedimento di rettifica»⁹. La Corte Costituzionale con sentenza n. 161 del 1985 dichiarava quindi inammissibili le questioni per difetto di rilevanza, annotando, per quanto qui rileva, che «decisivo è il rilievo che l'attore nel giudizio *a quo* non ha mai contratto matrimonio». La Corte rilevava come «l'ordine familiare» risulterebbe sconvolto non dalla Legge ma da un fatto della vita (la sindrome transessuale) ed osservava con *obiter dictum* 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»¹⁰.

In seguito all'*obiter* della Corte Costituzionale, in occasione della riforma della normativa in materia di divorzio il Legislatore introduceva, forse proprio al fine di dirimere la questione, una nuova causa di scioglimento del vincolo, inserendo l'ipotesi del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso nell'elenco dei casi in cui il divorzio «può essere domandato da uno dei coniugi», senza previa separazione (l'art. 7 della L. 6 marzo 1987 n. 74 aggiungeva, così, la lettera «g» all'art. 3, Il comma L. 1° dicembre 1979 n. 898).

La dottrina maggioritaria riteneva che con la riforma del 1987 il Legislatore, prevedendo un'autonoma procedura di divorzio (su domanda di parte e dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di rettificazione), avesse abrogato implicitamente il richiamo all'automaticità contenuto nell'art. 4 della legge del

9

La Corte di Cassazione (che, come detto, aveva opposto a lungo le interpretazioni evolutive della giurisprudenza di merito) rilevava come la nuova normativa potesse implicare la violazione degli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost. determinando fra l'altro «un anomalo scioglimento di matrimonio preesistente, consentendo la celebrazione di nuovo matrimonio radicalmente nullo, ed interferendo, infine, sulle irrinunciabili esigenze di certezza dei terzi, con pericoli di turbamento della vita dei singoli e della vita collettiva». (ord. n. 515 del 1983 in *Giur. It.*, 1984, I, 80 con nota GARUTTI *Psicosessualità, mutamento di sesso, certezza - a proposito dell'ordinanza della Cassazione*).

10

CORTE COST 25/5/1985 n. 161 punto 12 dei *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 1985, I, 1173; in *Foro it.*, 1985, I, 2162, con nota MOCCIA; in *Riv. it. med. leg.*, 1985, 1289, nonché in *Dir. Fam.*, 1985, 420.

1982¹¹. Mentre alcuni accoglievano con favore la scelta¹², la gran parte dei commentatori criticava l'impianto normativo, anche severamente, in quanto la permanenza del vincolo coniugale tra persone divenute dello stesso sesso veniva percepita, addirittura, come «aberrante»¹³. Si sottolineava, in ogni caso, che «la Novella del 1987 (...) rende necessario che i coniugi, o uno di loro, si attivino per l'ottenimento della sentenza di divorzio» con la conseguenza che «nel caso in cui nessuno dei due coniugi promuova il divorzio, il matrimonio continuerà ad avere giuridica esistenza anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, configurandosi come matrimonio fra due persone dello stesso sesso»¹⁴.

11

SANTOSUOSSO, *Il divorzio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, Tomo II, 1996, pag. 320 per cui «il legislatore del 1987 ha ritenuto di dover stabilire, a maggior tutela dei coniugi e soprattutto per gli eventuali provvedimenti temporanei per la prole, che la pronuncia di rettificazione costituisca una delle cause per le quali il divorzio possa esser domandato in una autonoma procedura di divorzio; procedura che non differisce dalle altre. Occorrerà quindi la domanda di una parte ed una specifica sentenza perché si produca l'effetto dello scioglimento del matrimonio». Per STANZIONE «la legge n. 74/87, in materia, se, da un lato, si limita ad includere tra le cause di divorzio la rettificazione dell'attribuzione di sesso, dall'altro subordina la relativa domanda al passaggio in giudicato della sentenza, in tal modo rimettendo il definitivo scioglimento del matrimonio all'agire delle parti. La finalità sottesa è, probabilmente, quella di ridurre il trauma dell'altro coniuge, altrimenti costretto a subire gli effetti di un divorzio "automatico", la cui iniziativa sarebbe da ricondurre al solo transessuale» (*Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82 Dir. Fam. 2009, 02, 713*). ANCORA SCIANCALEPORE e STANZIONE sottolineavano la «univoca affermazione positiva», rilevando che «se in prima approssimazione si accogliesse la tesi di un'operatività automatica del divorzio, apparirebbe con immediatezza che non si concede idonea tutela, bensì si danneggia, l'altro coniuge, costretto a subire un divorzio la cui iniziativa risale al solo transessuale» e ravvisavano, in caso di lettura contraria, una ragione di incostituzionalità della norma proprio nella mancata tutela dell'altro coniuge (*Transessualismo e tutela della persona*, Ipsoa, Milano 2002, 89). Per QUADRI, il Legislatore avrebbe «inteso riportare nell'alveo della generale disciplina del divorzio l'ipotesi prevista dall'art. 4 della legge 14/4/1982 n. 164» così da necessitare una specifica domanda di uno dei coniugi: «la pronuncia di rettificazione (passata in giudicato) viene a rappresentare, ora, la causa sulla cui base il divorzio può essere domandato da uno qualsiasi dei coniugi o da entrambi, neppure da prendere in considerazione risultando un'iniziativa del pubblico ministero e superata restando la precedente ipotizzabile automaticità dello scioglimento del matrimonio» (*Rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1990, 531); commenta favorevolmente la riforma che «riporta l'ipotesi nell'alveo della generale disciplina del divorzio» GIUSTI *Nuove norme sullo scioglimento del matrimonio, Art. 7 in Nuove Leggi Civ. Comm. 1987, 873*; anche per D'ETTORE «non appare ipotizzabile un potere di intervento del P.M.» poiché «l'esercizio di un siffatto potere si porrebbe in contrasto con il diritto di azione, che spetta unicamente ai soggetti che hanno contratto matrimonio» (*Lo scioglimento del matrimonio*, in *Trattato Bonilini-Cattaneo*, 1997, 575). Lamentavano che con l'opinione contraria «l'interpretazione letterale dell'art. 3 della legge sul divorzio viene del tutto trascurata in omaggio al principio di indisponibilità dei diritti della personalità e in funzione di una soluzione coerente con la concezione che il sistema offre del matrimonio (ma anche delle unioni di fatto), basato fino ad oggi sulla necessaria diversità (iniziale e successiva) di sesso tra gli sposi. Si mortifica così l'attitudine del dato normativo a precorrere la tendenza espressa in più recenti progetti di legge, che riconoscono dignità (anche) giuridica alle cosiddette unioni affettive, comprese quelle omosessuali, equiparandole in larga misura alle unioni coniugali» PALMERI, VENUTI *Il transessualismo tra autonomia privata ed indisponibilità del corpo* in *Dir. Fam.* 1999, 04, 1331. Cfr., ancora, CATTANEO, per cui la previsione della sentenza di rettificazione come autonoma causa di divorzio risponde all'esigenza di assicurare maggiore tutela agli ex coniugi (*Corso di diritto civile*, 159) e ROSSI CARLEO *Le cause di divorzio* in *Trattato Bessone*, 1999, 356.

12

Cfr. GIUSTI *Nuove norme*, cit.; QUADRI, *Rettificazione* cit.; MANTOVANI, *Commento all'art. 3 l. divorzio*, in *Comm. Cian, Oppo e Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993, (250 ss.), 250.

13

Così DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, s. d., ma 1995, 2ª ed., 159. Le perplessità della dottrina erano peraltro del tutto comprensibili atteso che, come acutamente osservato, «il paradigma eteronormativo dell'ordinamento non era suscettibile di essere nemmeno ipoteticamente posto in discussione negli anni ottanta» SCHUSTER, *L'identità di genere* cit., notazione che in buona parte vale anche per il periodo successivo.

14

Secondo altro, non meno autorevole, indirizzo, la disposizione che prevede l'instaurazione del procedimento di divorzio doveva intendersi, nonostante la lettera della norma, soltanto per i residui effetti patrimoniali e personali (anche rispetto ai figli), mentre l'effetto sul vincolo sarebbe conseguito comunque già nell'ambito del procedimento di rettificazione. Tale interpretazione era ritenuta imposta in ragione «della concezione sociale e giuridica del matrimonio quale rapporto di vita tra uomo e donna»¹⁵.

Neppure la novella del 1987 aveva risolto, dunque, la questione in modo definitivo¹⁶.

3. La giurisprudenza di merito

Nelle uniche due sentenze edite (emessa una prima ed una dopo la riforma del 1987), la giurisprudenza di merito aveva affermato la possibilità di pronunciare la cessazione del vincolo con la stessa sentenza di rettificazione del sesso¹⁷. Si deve osservare, tuttavia, come in entrambi i casi i giudici si fossero

BONILINI, *La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. n.164/1982*, in *Commentario Schlesinger*, 2004, pag. 275 il quale pur non mancava di criticare tale soluzione legislativa.

15

BIANCA *La Famiglia*, 2005 Giuffrè, 272. Cfr anche DOGLIOTTI per il quale pur essendo la norma «ambigua» la soluzione dell'automatismo sarebbe la «più accettabile», difatti «la certezza dei rapporti giuridici ed esigenze di ordine pubblico richiedono che non possa permanere matrimonio tra due coniugi ormai legalmente dello stesso sesso: non si potrebbe pertanto far dipendere la pronuncia di scioglimento dalla mera volontà delle parti», *Transessualismo (Profili giuridici)* in *Novissimo digesto*, appendice Torino, 1987, VII, 786. Per VECCHI la prosecuzione del matrimonio è soluzione «sicuramente estranea agli intenti del legislatore del 1987» e si dovrebbe «ritenere che il rifiuto da parte dell'ordinamento di un rapporto matrimoniale di natura omosessuale escluda anche l'applicabilità dell'art. 10, Il comma l. n. 898/1970 in base al quale la sentenza di divorzio ha efficacia dal momento della sua trascrizione» (voce *Transessualismo* in *Enc Giur. Traccani*, XXXI, Roma Utet 1994, 9). Per SESTA, pur ponendo la riforma del 1987 «seri problemi di coordinamento con l'art. 4» atteso che «il chiaro riferimento in essa contenuto alla disciplina del divorzio ed alle successive modificazioni sembrerebbe condurre nella direzione di una prevalenza dell'art. 3, n. 2, lett. g), con la conseguenza che il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di sesso dovrebbe configurarsi mera condizione per promuovere il giudizio di divorzio», la soluzione si rileva «in realtà non persuasiva, specie se si considera che rimarrebbe in vita un vincolo matrimoniale che, avvenuta la rettificazione, unisce persone dello stesso sesso, e ciò fino a quando uno dei due coniugi non decida di avviare il giudizio di divorzio» *Diritto di famiglia*, Cedam 2005, 314. Anche per COCO tra le due pronunzie vi sarebbe un «passaggio necessitato e non volontario» (*Legge 14 aprile 1982, n. 164, sul transessualismo: panorama di giurisprudenza* in *Rass. Dir. Civ.* 1996, 591). Affrontava la questione della successione delle leggi nel tempo LA TORRE, la quale pur rilevando che la legge del 1987 «aggiungendo la lettera g ai casi di scioglimento del matrimonio di cui alla l. n. 898/1970, non fa alcuna distinzione rispetto ai casi precedenti (lett. a-f), così da accomunarli tutti nella medesima disciplina che regola la procedura giudiziale» riteneva che l'intento del Legislatore nella specie non fosse comunque abrogativo della legge precedente, facendo dunque salvo l'effetto automatico suggerito dalle norme del 1982 (*La rettificazione di attribuzione di sesso. Il dato normativo e i problemi ermeneutici* in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, 1583). Per PITTALIS, invece, la legge del 1987 «ha aggiunto l'ipotesi di mutamento di sesso in coda all'elenco delle cause di divorzio, senza distinguerla rispetto alle altre, così da assoggettarla alla medesima disciplina, subordinandola all'onere della domanda di uno dei coniugi»; tuttavia, poiché la sentenza di rettificazione del sesso è «da sola sufficiente, una volta passata in giudicato, a produrre l'effetto estintivo del matrimonio, mentre detto effetto non può essere proclamato dal tribunale che pronuncia la rettificazione ... è evidente che la sentenza di divorzio avrà natura dichiarativa e non costitutiva, in quanto si limita ad accertare un fatto già avvenuto con la sentenza di rettificazione di attribuzione del sesso» (*Scioglimento del matrimonio, art. 3*, in *Codice della Famiglia*, a cura di Sesta, Tomo II, 2009, 3843).

16

Sottolineano la permanenza del problema, sollecitando un ulteriore intervento del Legislatore BELGRANO, FABRIS, TROMBETTA *Il transessualismo, identificazione di un percorso diagnostico e terapeutico. Aspetti legislativi etici e di politica sanitaria*, 1999, Kurtis, 278 ss..

17

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

occupati di ipotesi in cui la stessa parte ricorrente, oppure entrambi i coniugi, avevano chiesto espressamente al tribunale di dichiarare il divorzio nell'ambito del procedimento di rettificazione di sesso. I giudici si erano occupati dunque soltanto della forma del procedimento senza affrontare la questione della sussistenza della volontà di divorziare¹⁸.

Diverso il caso che ci occupa dove, come detto, i coniugi si oppongono alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del loro matrimonio. Altro aspetto del tutto peculiare della vicenda *de qua*, la carenza non solo di una domanda diretta allo scioglimento del vincolo, ma persino d'una pronuncia giurisdizionale diretta a determinarlo.

Con riguardo a tale ultimo aspetto, il tribunale di Modena ha ritenuto la necessità che la cessazione del vincolo matrimoniale si abbia sempre in forza di una pronuncia giurisdizionale. Il tribunale ha rilevato che anche «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 essere adottato dall'Autorità Giudiziaria, non potendo essere attribuito alla autorità amministrativa». Secondo il tribunale non potrebbe dubitarsi che «a porsi il problema degli effetti sul preesistente matrimonio debba essere il tribunale che pronuncia la rettificazione di attribuzione di sesso»¹⁹. Suggerisce molto opportunamente il tribunale modenese che solo in sede giurisdizionale è possibile vagliare la compatibilità della soluzione interpretativa adottata, tra le molteplici indicate dalla dottrina, con i principi costituzionali. Il tribunale di Modena non ha indicato alcuna opzione in ordine alla necessità di una domanda giudiziale di divorzio, rilevando che la questione relativa alla carenza di una pronuncia giurisdizionale sul vincolo ha «carattere assorbente» ed aggiungendo che «questo tribunale, consapevole della delicatezza del tema e della pluralità delle opzioni interpretative idonee a produrre questione di legittimità costituzionale in negativo, non intende prendere posizione sulla

quando i coniugi, per fatti successivi alle nozze, vengano ad avere lo stesso sesso» (TRIB ROMA 3/12/1982 in *Giust civ* 1983, 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» (TRIB FERMO 28/2/1996 in *Foro it* 1997, 1656 con nota CORTI ed in *Giur. It.*, 1998, 11 con nota CORTI *Mutamento di sesso e divorzio del transessuale: problemi di ieri e di oggi*).

18

Rileva che il problema che i giudici hanno affrontato «risultava circoscritto alle forme ed ai modi in cui procedere allo scioglimento, non essendo in discussione né la presenza di uno dei presupposti che consentono il divorzio, né l'espressa domanda proveniente da uno dei coniugi; in tale contesto, la soluzione giudiziale dell'unificazione in una sola sede processuale della rettificazione e dello scioglimento appare plausibile ed adeguata, anche solo per elementari considerazioni di economia dei procedimenti e chiarezza della situazione giuridica», PEZZINI *Transgenere in Italia* cit. 9.

19

Dal punto di vista processuale, il tribunale sembra così superare il dato letterale per cui la cessazione del vincolo a norma dell'art. 3, Il comma lettera g), L. 1° dicembre 1979 n. 898, dovrebbe essere pronunciata solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione.

questione, in quanto ininfluyente sulla decisione da adottare nel presente giudizio»²⁰.

La decisione del primo giudice è rimasta dunque nel solco dell'indiscusso orientamento precedente. Tanto in dottrina quanto in giurisprudenza non era stato mai affermato, infatti, che l'estinzione del vincolo potesse avere luogo quale mero effetto *implicito*, senza un'espressa pronuncia dell'Autorità Giudiziaria. Anche per i sostenitori dell'effetto automatico della sentenza parrebbe indispensabile una pronuncia sul vincolo (al limite contestuale alla sentenza di rettificazione di sesso), la quale avrebbe natura di sentenza di accertamento dell'avvenuto scioglimento²¹.

Come detto, la decisione modenese è stata riformata dalla Corte d'Appello. Pur senza entrare nel merito delle pregnanti osservazioni del primo giudice, la Corte d'Appello ha ritenuto possibile un cd. effetto implicito della pronuncia di rettificazione, reputando che l'ufficiale dello stato civile avesse il potere – e l'obbligo – di procedere all'annotazione di un effetto legale della sentenza, anche se mai menzionato dai giudici nel provvedimento con cui si disponeva la rettificazione²².

La scelta appare motivata esclusivamente sul rilievo della ritenuta inderogabilità del principio della diversità di sesso in ambito matrimoniale. La Corte ha ritenuto, difatti, che le modificazioni introdotte con la riforma del 1987 all'art. 3 della Legge 898/1971 non abbiano inciso sulla precedente regolamentazione prevista dalla L. 164/1982, ma ne siano «una precisazione non incompatibile con la precedente previsione». In caso contrario «significherebbe mantenere un rapporto privo del presupposto suo legittimo più

20

Il giudice di primo grado rilevava, inoltre, come «il rinvio contenuto nell'art. 4 alle disposizioni della legge sul divorzio è generico e da esso non può farsi discendere l'applicabilità dell'art. 10 della legge n. 898/1970» che prevede che «la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, quando sia passata in giudicato, deve essere trasmessa ... all'ufficiale dello stato civile». L'annotazione da parte dell'autorità amministrativa presuppone una «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», poiché «nella sentenza di rettificazione del sesso pronunciata nei confronti di B. non vi è alcun ordine di annotazione dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio».

21

Precisa, ad es., CILIBERTO che «seppure lo scioglimento del matrimonio sia una conseguenza prevista dalla legge, il giudice deve procedere all'accertamento, di volta in volta, della sussistenza della fattispecie legislativa» (*La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici in Dir. famiglia* 2001, 01, 346). Anche la S.C. nella menzionata ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale – unica decisione della S.C. ove viene menzionata la questione – sembra dare per scontata la necessità di una pronuncia (lamentando l'incertezza «se tale rilevante effetto giuridico ... debba essere *pronunciato* con specifico giudizio autonomo, oppure nell'ambito dello stesso procedimento di rettifica» Cass. ord. n. 515 del 1983 cit..

22

Fortemente critici, al riguardo, SCHUSTER il quale sottolinea il pericolo di «un ampliamento incontrollato e – sia consentito – pernicioso delle funzioni amministrative proprie dell'ufficiale», *L'identità di genere* cit. e FORTINO, per cui sembrerebbe «cancellato l'art. 102 del d.p.r. 396/2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello Stato civile) nonché l'art. 453 c.c., che, nello statuire che “nessuna annotazione può essere fatta sopra un atto già iscritto nel registro se non è prevista per legge ovvero non è ordinata dall'autorità giudiziaria”, estende alle annotazioni il principio di tipicità che presiede alle altre forme di registrazione degli atti dello stato civile, volto ad escludere il pericolo di manipolazione degli atti stessi e, dal punto di vista sostanziale, a tutelare i diritti fondamentali della persona che dalla illegittima alterazione dello status, ad esse conseguente, verrebbero inesorabilmente lesi» (*L'ufficiale di stato civile*, cit.).

indispensabile: la diversità sessuale dei coniugi», risultato «vistosamente contrastante coi principi dell'ordinamento che reggono la materia».

La Corte bolognese ha rilevato che il principio della diversità di genere è «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» e che «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».

4. Le recenti modifiche processuali (d.lgs. 150/2011)

Dopo tali pronunce, la procedura relativa alla rettificazione di attribuzione di sesso è stata completamente riformata in occasione della recente novella sulla cd. *semplificazione dei riti civili* (che non trova comunque applicazione nella vicenda *de qua*, posto che la novella processuale non è retroattiva)²³.

Il d.lgs. 150/2011, abrogando gli artt. 2, 3 e 6 Il comma della legge 164/1982, ha previsto che il giudizio si svolga adesso secondo il rito ordinario di cognizione; è previsto l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero, la notifica dell'atto di citazione al coniuge ed ai figli, la decisione sempre con sentenza.

Ciò supera le difficoltà interpretative che avevano caratterizzato l'applicazione della legge n. 164 del 1982 anche rispetto al rito applicabile, posto che la dottrina aveva dubitato della sua natura contenziosa o di giurisdizione volontaria²⁴. Alcuni commentatori avevano ritenuto difatti che la decisione di cui all'art. 3, Il comma con cui si «dispone la rettificazione in camera di consiglio» dovesse essere assunta con un mero decreto motivato, non apparendo neppure chiaro se fosse indispensabile l'ulteriore integrazione del contraddittorio nei confronti del coniuge o dei figli²⁵. Per contro, secondo altra opinione ed un diffuso, ma non unanime, orientamento della giurisprudenza di merito, anche la

23

Dlgs 150/2011, in vigore dal 6 ottobre 2011 recante «Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, in base alla delega al Governo di cui all'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69, «per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili». Art. 36 Dlgs 150/2011: «le norme del presente decreto si applicano ai procedimenti instaurati successivamente alla data di entrata in vigore dello stesso».

24

V. MANTOVANI *Legge 14 aprile 1982 n. 164*, Art. 2 in *Nuove leggi civ. comm*, 1983, 36.

25

«Come è stato osservato durante i lavori parlamentari, deve ritenersi che l'atto con cui si autorizza l'intervento operatorio sia quello autenticamente decisionale, mentre il provvedimento con cui si ordina la modifica è in realtà un atto meramente consequenziale» così che «in questa ipotesi il procedimento non si conclude pertanto con sentenza ma con decreto motivato (art. 737 c.p.c.)» PATTI e WILL *Legge 14 aprile 1982, n. 164*, cit. 41 che richiamano i lavori preparatori Senato 369° resoconto, 3/2/1982, 10 (v. anche PATTI e WILL *La rettificazione di attribuzione di sesso, prime considerazioni in Riv dir civ* 1982, II, 729). Sottolinea che «il giudice ... una volta eseguito il trattamento stesso, potrà dar luogo alla rettificazione in base all'art. 3, Il comma I. n. 164 del 1982 senza che sia necessario alcun accertamento istruttorio», VECCHI *Transessualismo* cit., 7. Anche per ADAMI «non occorre un successivo giudizio contenzioso ... si che il tribunale disporrà la rettificazione in camera di consiglio seguendo il procedimento relativo di cui agli articoli 737 e seguenti, concludentesi con un decreto motivato» *Rettificazione di attribuzione di sesso e stato civile in Stato civile*, I, 388 1983.

seconda decisione doveva essere assunta con sentenza²⁶; anche in questo caso non era tuttavia chiaro se la prima sentenza assumesse carattere di sentenza non definitiva, con prosecuzione dello stesso giudizio²⁷, o se il giudizio sulla rettificazione dovesse essere introdotto, dopo l'esecuzione del trattamento medico, con una nuova domanda²⁸; non era stato chiarito, inoltre, se fosse indispensabile disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti del coniuge e dei figli anche in occasione del secondo procedimento²⁹. Sino alla riforma del settembre 2011, la decisione sulla rettificazione del sesso poteva occorrere, dunque, persino con decreto e senza l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'altro coniuge, con risvolti invero assai problematici ove si dovesse assumere un effetto automatico sul vincolo coniugale³⁰.

Sotto il profilo del rito la nuova disciplina porta dunque chiarezza, imponendo in ogni caso la decisione con sentenza e l'integrazione del contraddittorio nei confronti del coniuge e dei figli³¹. È da escludere, invece, che la novella abbia introdotto novità con riguardo agli interrogativi sugli effetti

26

Tra gli altri, CILIBERTI *La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici* in *Dir. famiglia* 2001, 1, 350. Decide con sentenza il TRIB PAVIA, 2 febbraio 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 25, con nota adesiva di PATTI *Rettificazione di sesso e trattamento chirurgico*.

27

Per un unico procedimento contenzioso con due sentenze (parziale e definitiva), v., ad es., TRIB ROMA 11/3/2011 n. 5896 in *Guida al diritto*, 7- 8/2011, 15 s. e in *Fam e Dir.* 2012, 184 con nota TRIMARCHI *L'attribuzione di una nuova identità sessuale in mancanza di intervento chirurgico*.

28

Per un esempio di doppio procedimento contenzioso cfr., ad es., TRIB MODENA 26/5/2011 n. 12, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 792, con nota COSTANZO *Ancora su rettificazione di attribuzione di sesso di persona coniugata e divorzio «imposto» (mentre entra in vigore l'art. 31, d.lg. 1.9.2011, n. 150)*.

29

Dall'esame della pronuncia del tribunale di Modena sopra menzionata (v. nota prec.) non si rinviene l'avvenuta integrazione del contraddittorio con riguardo al coniuge nei cui confronti il tribunale ha pronunciato la cessazione degli effetti civili del matrimonio (peraltro dalla lettura delle conclusioni della ricorrente non è dato evincere che vi fosse stata la proposizione della relativa domanda).

30

Sulle questioni relative al rito ha inciso, indubbiamente, anche la persistenza di numerosi dubbi interpretativi su complesse questioni sostanziali (che ad oggi solo in parte hanno trovato soluzione) le quali condizionano la necessità di un procedimento bifasico; tra queste, in particolare: l'estensibilità della normativa alle ipotesi di cd. intersessualità (che non sempre richiedono interventi chirurgici); la possibilità di proporre ricorso anche dopo la scadenza del termine di un anno per chi si era sottoposto ad intervento prima dell'entrata in vigore della Legge; la possibilità di rettificazione per chi si sia sottoposto ad adeguamento chirurgico senza autorizzazione (ad es. all'estero); la necessità dell'adeguamento dei caratteri sessuali anche quando inopportuno o addirittura dannoso (ad es. per ragioni di salute psico-fisica o di età); la natura dell'intervento (se sia necessario un intervento demolitore completo - e sino a che punto - e ricostruttore, in che misura e secondo quali parametri, oppure se possa essere sufficiente una mera terapia ormonale, per la quale secondo la dottrina maggioritaria, non è necessaria autorizzazione alcuna); la possibilità di rettificazione senza alcun previo adeguamento fisico, come sembrerebbe suggerito, peraltro dalla lettera della norma («quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico chirurgico») ecc...

sostanziali della pronuncia di rettificazione dell'attribuzione di sesso, e ciò per molteplici ragioni.

Si deve rilevare, innanzitutto, come la norma riproduca pedissequamente le disposizioni precedenti, sostituendo al termine «provoca» (la cessazione del vincolo) il sinonimo «determina» e ripetendo che «si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898». Non essendo dubitabile che nella lingua italiana le parole «provoca» e «determina» denotino il medesimo concetto, avendo identico contenuto lessicale³², le questioni interpretative poste in passato con riguardo alla prima tornano oggi a riproporsi per la seconda³³.

Non può condividersi, inoltre, quell'opinione che commentando la recente novella ha ritenuto di trarre dalla stessa «un'implicita abrogazione» della lett. g) del n. 2 dell'art. 3 l. 898 del 1970. Tale interpretazione deve ritenersi difatti del tutto incompatibile con la natura processuale della riforma³⁴. Inoltre, la norma così interpretata sarebbe certamente illegittima per eccesso di delega atteso che a norma dell'articolo 54 della legge 69/2009 si ha delega al Governo «per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili» e che a norma del quarto comma lett. c) del medesimo art. 54 «restano in ogni caso ferme le disposizioni processuali in materia (...) di famiglia». Il giudice è tenuto dunque a dare delle norme giuridiche l'interpretazione, tra quelle consentite dalla lettera della legge, compatibile con il dettato costituzionale (peraltro anche dall'esame della Relazione illustrativa non si evince alcuna intenzione del Legislatore di incidere sugli aspetti sostanziali³⁵).

31

Non è ben chiaro, invece, a chi dovrà essere notificato l'atto di citazione in ipotesi di mancanza di coniuge e di figli.

32

Cfr. il Dizionario della lingua italiana Devoto-Oli che segnala come sinonimi i lemmi «provocare» e «determinare». È peraltro assai peculiare che l'art. 4 della Legge 164/1982 (che prevede che «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») non risulti tra le norme espressamente abrogate, nonostante l'art. 31 VI comma lo sostituisca integralmente («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. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898»).

33

Arriva ad analoga conclusione anche PEZZINI *Transgenere in Italia* cit., 9.

34

Se ne avvede anche l'autorevole commentatore, il quale lamenta che il Legislatore abbia impiegato allo scopo «una sede normativa incongrua, ché non ci si può non avvedere del fatto che la novità normativa esaminata attenga alla sostanza dell'istituto matrimoniale, tale da meritare una differente sede, rispetto a quella prescelta, ché essa attiene alla sistemazione di problemi procedurali», BONILINI *Rettificazione di attribuzione di sesso, e scioglimento automatico del matrimonio ai sensi dell'art. 31, d.lg. n. 150/2011 in Fam. Pers. Succ.*, 2011, 12, 805. Dunque, delle due l'una: o si afferma che l'effetto automatico era previsto già prima della riforma del 2011 (opinione non condivisa dall'Autore), oppure si deve escludere che tale effetto sia introdotto (o reintrodotto) dalla riforma processuale delegata.

35

La novella non riporta, pertanto, le lancette indietro a prima del 1987, dovendosi ritenere che la normativa attuale riproduca l'ambiguità precedente (con il termine "determina" e/o "provoca"; con il rinvio alla disciplina sul divorzio; con la previsione del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di sesso tra la cause di divorzio) e riproponga invariate le relative questioni interpretative e di coordinamento che, come visto, si erano proposte già prima della novella del 1987 ed erano perdurate anche dopo.

5. La giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle Corti europee

La scelta tra le diverse opzioni ermeneutiche non è imposta, dunque, dalla lettera della norma ordinaria, come si desume anche dal segnalato ampio ventaglio di contrastanti orientamenti dottrinali. Come unanimemente riconosciuto in dottrina, si impone un approfondimento sotto il profilo della valutazione e del temperamento degli interessi e dei diritti in gioco tenendo conto della loro portata costituzionale.

Si deve verificare, allora, se ed in che misura l'esercizio di due diritti costituzionalmente riconosciuti, matrimonio e identità personale, generi un effettivo conflitto e come lo stesso debba essere ricomposto alla luce dei principi sovraordinati.

La Corte d'Appello bolognese ha richiamato la recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 138 del 2010 che ha ritenuto che l'art. 29 non imponga l'estensione del diritto a contrarre matrimonio anche alle coppie dello stesso sesso³⁶. La sua specifica rilevanza nella vicenda *de qua* è tuttavia assai dubbia³⁷. Nella specie non si discute difatti della sussistenza di un diritto costituzionale a contrarre matrimonio (questione vagliata dalla Consulta), ma della sussistenza o meno di una previsione di legge che imponga a due persone già sposate di cessare la propria vita matrimoniale. La Corte Costituzionale, inoltre, ha statuito che l'allargamento del diritto di contrarre matrimonio alle coppie dello stesso sesso non è imposta dalla Costituzione, mentre non le è stato chiesto se ciò sia vietato³⁸. Dunque, la Corte non ha valutato la legittimità di una norma ordinaria

Reperibile in www.altalex.com/index.php?idnot=15325.

36

CORTE COST n. 138 del 2010 in *Foro it.* 2010, 1367 con nota DAL CANTO *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale* e ROMBOLI *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*; anche in *Fam. e Dir.* 2010, 653, con nota GATTUSO *La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*

37

Anche per COSTANZO «non appare decisivo il richiamo a C. Cost. 14/4/2010 n. 138 che ... ritiene la condizione del transessuale "del tutto differente da quella omosessuale" e ad ogni modo non affronta il tema dell'interpretazione dell'art. 4, l. n. 164/1982», *Nota a Corte d'Appello cit.*, 632.

38

Come si è già avuto modo di osservare (cfr. GATTUSO *La Corte Costituzionale*, cit), alla Corte non è stato chiesto se la Costituzione vieti il matrimonio tra omosessuali, ma se la Costituzione lo imponga. La Corte ha negato che il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia una scelta obbligata, ma nulla ha detto sulle prerogative del Parlamento perché non aveva motivo di rispondere ad una domanda non posta.

che preveda l'estensione del matrimonio anche a coppie dello stesso sesso. In particolare, non è stata sottoposta al suo vaglio la compatibilità costituzionale di (eventuali) norme ordinarie che già prevedano la prosecuzione del matrimonio tra persone divenute dello stesso sesso anagrafico.

A prescindere dalla specifica portata della sentenza, il problema evocato anche dalla pronunzia della Corte d'Appello non appare comunque eludibile ed attiene, in termini più generali, alla questione se il divorzio "imposto" sia soluzione obbligata dalla necessità di difendere l'istituzione matrimoniale secondo la sua accezione tradizionale. Secondo un'opinione piuttosto diffusa, difatti, a prescindere dalla specifica valenza della decisione, la Corte Costituzionale nella motivazione della sentenza n. 138 del 2010 avrebbe incorporato il cd. paradigma eterosessuale già al livello della definizione costituzionale di «matrimonio» ex art. 29 Cost., così che la difesa della nozione tradizionale di matrimonio configurerebbe adesso questione di rilevanza costituzionale.

In altra sede è stato già chiarito perché tale opinione non sia condivisibile³⁹. Sul punto è intervenuta di recente la S.C., che con la sentenza n. 4184 del 2012 (sulla trascrivibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero) ha ritenuto per un verso che «la sentenza della Corte Costituzionale n. 138 del 2010 ha negato fondamento costituzionale al diritto al matrimonio tra due persone dello stesso sesso», sottolineando per altro verso che «il suo riconoscimento e la sua garanzia – e cioè l'eventuale disciplina legislativa diretta a regolarne l'esercizio – in quanto non costituzionalmente obbligati, sono rimessi alla *libera scelta* del Parlamento»⁴⁰. L'indirizzo per cui l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso è rimessa «alla *libera scelta* del Parlamento» è condiviso, dunque, dalla Suprema Corte, smentendo ogni lettura forzata della sentenza della Corte Costituzionale (esponendo le proprie valutazioni la Corte di Cassazione sottolinea peraltro d'aver compiuto «attenta analisi» della 138/2010)⁴¹.

D'altra parte, pure a seguire l'opinione contraria, secondo cui l'art. 29 Cost. incorpora il cd. paradigma "eterosessuale" nella definizione del matrimonio, non si arriva alla conclusione che al Legislatore ordinario sia vietato consentire la continuazione di matrimoni tra persone divenute dello stesso sesso anagrafico.

39

Per una ricostruzione del contenuto della sentenza nel senso che la stessa non ponga alcun vincolo al legislatore ordinario v. da ultimo, con ampi riferimenti bibliografici, il volume *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?* a cura di Pezzini e Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011 nonché GATTUSO *La Corte Costituzionale*, cit e *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da Zatti, 2011 Giuffrè, I, 1, 793.

40

Cass. 4184 del 2012, allo stato ined.. Anche in altro passaggio la S.C. sottolinea il vuoto normativo «fintantochè il Parlamento - libero di scegliere sia nell'an che nel quomodo – non garantisca tale diritto o preveda altre forme di riconoscimento» (4.1)

41

Attesa la chiara presa di posizione della S.C., non appare quindi consentito ritenere che tale «libera scelta» del legislatore ordinario sia sottoposta alla necessità di procedimento di revisione costituzionale.

Seguendo quella tesi, dovremmo ritenere difatti che, com'è ovvio, il legislatore ordinario non possa impedire a due cittadini eterosessuali di sposarsi, poiché gli stessi sono certamente tutelati dall'art. 29. Ciò non dovrebbe precludere, però, allo stesso legislatore ordinario di estendere il matrimonio anche alle coppie divenute dello stesso sesso. La circostanza che la Costituzione assicuri tutela ad una particolare categoria di interessi non implica, difatti, che la stessa vieti al Legislatore di assicurare tutela anche ad altre categorie di interessi. Mentre il matrimonio tra persone di diverso sesso sarebbe tutelato senz'altro dalla Costituzione, il matrimonio tra persone divenute dello stesso sesso non sarebbe dotato di copertura costituzionale, ma non per questo sarebbe *contrario* alla Costituzione. Tale affermazione deriva dalla semplice constatazione che la prosecuzione del matrimonio tra due persone divenute dello stesso sesso anagrafico non pregiudica in alcun modo i diritti delle altre coppie sposate e non entra pertanto in contrasto con l'art. 29, inteso quale norma di garanzia. Dunque, l'art. 3 lettera g) della L. 898 del 1971 ben può essere interpretato nel senso di consentire la prosecuzione del rapporto coniugale sino a domanda di divorzio, senza che ciò entri in contrasto con l'art. 29, neppure se si ravvisi nello stesso una protezione costituzionale del solo matrimonio eterosessuale. Come si vedrà, sussistono peraltro più ragioni che inducono a ritenere che il matrimonio sia protetto dalla Costituzione anche quando un membro della coppia abbia mutato sesso anagrafico (il tema sarà vagliato più diffusamente nel prosieguo).

Non appare persuasivo neppure il rimando operato nella decisione bolognese alla recente sentenza della Corte di Strasburgo *Schalk and Kopf v. Austria* che, come noto, ha ritenuto che la mancata apertura del matrimonio alle coppie omosessuali sia compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali. Pur non ritenendo che l'apertura del matrimonio sia imposta dalla Convenzione, in tale pronuncia la Corte ha affermato espressamente che la parola "matrimonio" contenuta nell'art. 12 della Convenzione (per cui «uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi») non si applica solo ai matrimoni tra persone di sesso diverso ma anche ai matrimoni tra persone dello stesso sesso («la Corte non considererà più che il diritto di sposarsi ai sensi dell'art. 12 debba essere limitato in ogni caso al matrimonio tra persone di sesso opposto»)⁴².

Il *revirement* dei giudici di Strasburgo con riguardo alla nozione di "matrimonio" è la ragione ed il fondamento della svolta ermeneutica della nostra recente giurisprudenza. Dopo avere ripercorso gli indirizzi precedenti, la Corte di Cassazione nella menzionata sentenza n. 4184 del 2012 ha richiamato proprio la sterzata interpretativa della Corte europea dei diritti dell'Uomo per prendere atto di dovere cambiare anch'essa indirizzo, rilevando come il termine «matrimonio» abbia adesso un «nuovo contenuto»⁴³.

42

CORTE EUR. DIR. UOMO, *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 Giugno 2010 paragrafo n. 61. Tale novità contenuta nella sentenza era stata sottolineata già nell'imminenza della decisione in GATTUSO *La Corte Costituzionale* cit. ed è stata ; commentano la sentenza DANISI *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: vita familiare e difesa dell'unione tradizionale in Quad. Cost.* 2010, 867; SILEONI *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: il consenso europeo, un criterio fragile ma necessario ibidem*, 870; WINKLER *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo in La Nuova Giur. Civ. Comm.* 2010, I, 1337.

43

Il rimando da parte della Corte d'Appello di Bologna alla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'Uomo appare, allora, del tutto mal posto, considerato che l'art. 12 («diritto al matrimonio») è da intendersi in senso includente e rimanda semmai proprio al Legislatore nazionale non imponendo l'apertura del matrimonio ma, certamente, neppure precludendo la tutela dei diritti matrimoniali delle persone transessuali e dei loro coniugi⁴⁴.

La pronuncia bolognese non ha menzionato, inoltre, la Carta europea dei diritti fondamentali, ormai in vigore⁴⁵, la quale all'art. 9 ha individuato in capo ad ogni persona «il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia». Pur non imponendo, ancora una volta, formule predeterminate ai legislatori nazionali poiché il diritto è riconosciuto «secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio», la Carta ha compiuto una scelta storica utilizzando una nozione *gender-neutral* di matrimonio proprio al fine di non escludere le coppie formate da persone (originariamente o divenute) dello stesso sesso. Come osservato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 6441 del 2009, l'art. 9 «non richiede più come requisito necessario per invocare la garanzia dalla norma stessa prevista la diversità di sesso dei soggetti del rapporto»⁴⁶. La Carta europea dei diritti fondamentali ha efficacia solo nelle materie di competenza dell'Unione, eppure è innegabile la sua potente valenza interpretativa anche oltre il suo ristretto ambito.

Si deve ritenere, dunque, che né la Costituzione, né la Convenzione dei diritti dell'Uomo, né i Trattati europei precludano all'interprete di operare una lettura della legge ordinaria vigente che, come già ritenuto da una buona parte della dottrina, consenta la prosecuzione del matrimonio. Nel prosieguo si

Di conseguenza la Corte di Cassazione ha abbandonato l'idea che il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia "inesistente", ritenendolo semplicemente inidoneo a produrre effetti nel nostro ordinamento sino a che il legislatore ordinario non ritenga di consentirne la celebrazione. Per una prima anticipazione di questa svolta ermeneutica v. TRIB. REGGIO EMILIA sez. I, decr. 13 febbraio 2012, in *Dir imm citt*, IV, 2011, 155.

44

La posizione della Corte appare dunque ancora più netta rispetto a quella già espressa nel precedente *Goodwin v United Kingdom*, cit. nel quale affermava, *obiter*, che «è fra l'altro di competenza dei singoli Stati contraenti la determinazione delle condizioni ... per le quali i matrimoni

45

La Carta di Nizza è stata recepita dal Trattato di Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, entrata definitivamente in vigore il 1° dicembre 2009.

46

Cass.Sez. 1, Sent. n. 6441 del 17/03/2009. Anche la CORTE EUR. DIR. UOMO in *Goodwin* notava «la Corte nota che l'art. 9 della Carta europea dei diritti fondamentali recentemente adottata ha rimosso, rispetto all'espressione utilizzata dall'art. 12 della Convenzione, senza dubbio deliberatamente (*no doubt deliberately*), il riferimento a uomini e donne» (CORTE EUR. DIR. UOMO *Goodwin v United Kingdom*, cit. paragrafo n. 100); successivamente in *Schalk and Kopf v Austria*, i giudici di Strasburgo, con una sorta di affascinante "dialogo tra le Carte", hanno richiamato proprio l'art. 9 della Carta della U.E. per modificare la propria interpretazione dell'art. 12 della Convenzione. Applica l'art. 9 della Carta di Nizza, sottolineando l'ampia nozione di matrimonio ivi contenuta, il menzionato decreto del Tribunale di Reggio Emilia in materia di diritto di soggiorno, che, a differenza della decisione n. 4184 del 2012 della S.C., è decisione di accoglimento, non trattandosi di diritto interno ma europeo. Peraltro diverse affermazioni della S.C. sull'ambito di applicazione della nozione europea di matrimonio - cfr. punto 3.3.2 -, paiono confermare in pieno l'indirizzo espresso dal tribunale reggiano (TRIB. REGGIO EMILIA sez. I, decr. 13 febbraio 2012 cit.)

cercherà di dimostrare che il complessivo quadro costituzionale induce, semmai, a ritenere che il matrimonio sia protetto anche dopo il mutamento di sesso di uno dei coniugi.

6. La protezione del matrimonio e dell'identità personale nella Legge fondamentale tedesca

Come detto, sin dall'entrata in vigore della normativa in materia di rettificazione di sesso, ed anche in sede di discussione dello stesso progetto di legge, si prospettò da più parti il confronto con la diversa e più chiara soluzione tedesca, per cui lo scioglimento del matrimonio era condizione di ammissibilità del ricorso per la rettificazione di sesso. Tale soluzione aveva difatti il vantaggio, innanzitutto, della chiarezza e della certezza, certamente apprezzabile in materia di diritti fondamentali, evitando in radice ogni contrasto tra lo stato civile legale dei coniugi ed il ritenuto principio di necessaria differenza di genere dei coniugi. Come detto, la dottrina italiana aveva segnalato tale soluzione *de iure condendo*, ritenendo che avrebbe sciolto definitivamente il nodo tra rettificazione di sesso e matrimonio pregresso⁴⁷.

Anche tale via appare tuttavia drasticamente sbarrata proprio dalle ultime evoluzioni in quell'ordinamento.

La norma del *Transsexuellengesetz* che imponeva il celibato o il nubilito come condizione per poter registrare l'avvenuto cambiamento di sesso è stata dichiarata illegittima con una pronuncia del 2008 del Tribunale costituzionale tedesco, il quale ha imposto al legislatore di eliminare tale condizione nella sua assolutezza, ammettendo così che il matrimonio possa continuare a sussistere anche tra persone oramai divenute dello stesso sesso anagrafico⁴⁸.

Nella specie si trattava di un anziano transessuale, nato nel 1929 e coniugato dal primo dopoguerra con la propria compagna, che aveva ottenuto autorizzazione a portare un nome femminile già dal 2001⁴⁹ e che nel 2002 aveva eseguito un'operazione chirurgica cambiando sesso. L'istante lamentava d'aver sofferto gravi abusi già durante il periodo nazista e di non essere in grado di

47

V., ad es., da ultimo, S. Patti in occasione di una relazione al seminario su «I diritti fondamentali e le corti in Europa» tenutosi il 21/11/2003 presso l'Università Luiss di Roma.

48

BVerfG, 1 BvL 10/051 (in <http://www.bundesverfassungsgericht.de>) che ha dichiarato l'incostituzionalità del paragrafo 8, I comma n. 2, L. 10/9/1980 (Transsexuellengesetz, TSG). Pur rinviando al legislatore, con termine sino all'1/8/2009, per la scelta tra la prosecuzione del matrimonio o la previsione di un'unione civile registrata, la Corte rileva come quest'ultima dovrebbe assicurare in ogni caso che i diritti ed i doveri già garantiti dal matrimonio «permangano inalterati» («*ungeschmälert erhalten bleiben*»), dunque più di quanto previsto dalle unioni registrate tra persone dello stesso sesso, già previste dall'ordinamento tedesco con L. 16/2/2001. Il legislatore, peraltro, con legge approvata il 10/7/2009 ha mantenuto la possibilità di proseguire il matrimonio. Vicenda per certi aspetti analoga è occorsa anche nell'ordinamento austriaco, dove con sentenza del 2006 è stata dichiarata l'illegittimità delle disposizioni che per accedere al cambiamento di sesso imponevano la cessazione del matrimonio (Verfassunbgsgerichtshof 8/6/2006).

49

Con la cd. piccola soluzione (*kleine Lösung*) il legislatore tedesco del 1980, tenendo conto che il conflitto tra vissuto personale e identità esteriore non sempre e necessariamente deve sfociare in un intervento medico-chirurgico, ha previsto la semplice richiesta di cambiamento del nome quando la persona «sente di non appartenere più al sesso indicato nel suo atto di nascita».

vivere senza la moglie, lamentando che un divorzio forzato avrebbe leso fortemente i diritti di entrambi, sotto il profilo tanto patrimoniale che psicologico. Volendo accedere alla rettificazione anagrafica, la coppia rifiutava dunque di sciogliere il matrimonio denunciando l'illegittimità della norma contenuta nel paragrafo 8, I comma n. 2 della legge del 1980⁵⁰.

Il Bundesverfassungsgericht ha rilevato come l'art. 2, I comma della Legge fondamentale (libero sviluppo della personalità) insieme all'art. 1, I comma (dignità personale) garantiscano la salvaguardia della vita privata e dell'identità di genere della persona⁵¹. La Corte ha osservato come la richiesta di estinguere il matrimonio limiti sostanzialmente il diritto al riconoscimento legale della propria identità personale, forzando la persona a scegliere tra due diritti ugualmente protetti dalla Costituzione: il diritto a realizzare la propria identità personale ed il diritto al matrimonio. Secondo il Tribunale la norma impugnata costringe la persona in un profondo conflitto interiore, poiché la pone innanzi ad «un'alternativa che in ogni caso le impone di rinunciare a qualcosa di esistenziale per la sua vita»⁵².

Nella pronuncia, la Corte ha sottolineato con chiarezza di condividere il legittimo obiettivo perseguito dal legislatore di difendere il contenuto tradizionale del matrimonio evitando l'insaturazione di un matrimonio tra due persone dello stesso sesso e prevenendo la «falsa impressione» (*falsche Eindruck*) che anche le coppie dello stesso sesso si possano sposare⁵³. La Corte tedesca, infatti, ha definito da sempre il matrimonio ai sensi del paragrafo 6 del *Grundgesetz* come l'unione tra uomo e donna, osservando in una risalente decisione del 1993 come non siano riconoscibili indizi sufficienti per ritenere un cambiamento nella «comprensione del significato del matrimonio»⁵⁴. Avendo ritenuto che lo scopo di

50

Dall'esposizione delle ragioni del ricorrente richiamate in sentenza si rileva il profondo legame tra i coniugi, che avevano intrapreso la relazione già sotto il regime nazista, durante il quale la coppia «aveva grandemente sofferto per le traumatiche esperienze vissute al tempo di Hitler», tant'è che la moglie era stata per il ricorrente «l'unica persona con la quale è riuscito a spezzare la propria solitudine e che ha condiviso con lui le difficoltà». L'istante sottolinea «il rifiuto categorico» della moglie di divorziare e la ferma volontà di entrambi i coniugi di continuare nel rapporto coniugale, BVerfG, 1 BvL 10/051, par. 16.

51

Si deve osservare come la Corte di Karlsruhe (diversamente dalla Corte Costituzionale italiana che non aveva riconosciuto un diritto all'identità sessuale ex art. 2 Cost. prima della novella del 1982) già precedentemente alla riforma avesse ritenuto che la rettifica dell'indicazione del sesso anagrafico era finalizzata alla realizzazione di un diritto fondamentale sottratto alla discrezionalità del Legislatore, desunto dagli artt. 1, Abs. 1 e 2, Abs. 1 della legge fondamentale (dignità personale e libera esplicazione della personalità intesi dal BVG, nella specie, con specifico riferimento alla identità sessuale); BVerfG 11/10/1978, in *Foro it.* 1979, IV, c. 272 ss., a sua volta citata dalla sentenza della nostra Corte Costituzionale n. 161 del 1985.

52

BVerfG, 1 BvL 10/051, par. 53.

53

BVerfG, 1 BvL 10/051, par. 46.

54

proteggere la nozione eterosessuale del matrimonio sia uno scopo legittimo, la Corte ha osservato, tuttavia, come una caratteristica essenziale del matrimonio consista nell'aspettativa d'una durevole comunità di vita, osservando come anche la continuità del vincolo matrimoniale sia protetta dall'art. 6 Abs. 1 della Legge fondamentale (che, come noto, assicura al matrimonio ed alla famiglia una «speciale protezione», *besonderer Schutz*) e rammentando come per il codice tedesco il matrimonio possa essere sciolto solo su base volontaria. Il matrimonio è dunque un'istituzione a cui possono accedere soltanto coppie di uomini e di donne. D'altra parte, il matrimonio è una comunità di vita durevole nella quale lo Stato non può interferire.

Per la Corte è in gioco anche il diritto della moglie a proseguire il matrimonio, tutelato dall'art. 6 della Legge fondamentale, poiché in ipotesi di divorzio coatto la moglie risulterebbe gravemente minacciata nella propria libertà matrimoniale e nel proprio affidamento nella permanenza della speciale protezione assicurata dal vincolo matrimoniale.

La Corte ha evidenziato come la limitazione dei diritti fondamentali della persona «sarebbe ammissibile soltanto ove tale limitazione fosse giustificata da un fine legittimo ed ove fosse proporzionata»⁵⁵. Per l'alta Corte tedesca, «lo scopo di mantenere inalterato il matrimonio nella sua configurazione tradizionale (*tradierte Gestalt*), dunque come unione di persone di diverso sesso, non risulta né di maggior né di minor peso (*ist nicht mehr oder minder von Gewicht*) rispetto alla protezione dell'affidamento di una coppia nell'aver dato vita col matrimonio ad una comunità di mutua responsabilità (*Verantwortungsgemeinschaft*) di durata illimitata, che non è suscettibile d'essere dissolta dallo Stato contro la volontà degli stessi coniugi»⁵⁶. La decisione in ordine all'illegittimità del paragrafo 8, I comma n. 2 è stata raggiunta, dunque, alla luce d'una ponderazione degli interessi costituzionali in gioco (e la Corte nota anche che si tratta, in ogni caso, di un piccolo numero di persone interessate), tenendo conto dello speciale rilievo che la dignità personale (*Menschenwürde*) assume in quel sistema costituzionale⁵⁷.

BVerfG, 4/10/1993, non reperibile nel sito della Corte ma citata in MUENDER, *Familienrecht*, 2005, 41 e consultabile in http://www.ejura-examensexpress.de/online-kurs/entsch_show_neu.php?Alp=1&dok_id=1275.

55

BVerfG, 1 BvL 10/051, par. 40.

56

BVerfG, 1 BvL 10/051, par. 63.

57

Si deve segnalare, da ultimo, come la giurisprudenza del BVerfG abbia avuto un'ulteriore evoluzione con la recente pronuncia del gennaio 2011 che ha inciso sul diverso istituto giuridico delle unioni civili registrate riservate alle sole coppie omosessuali (*eingetragene Lebenspartnerschaft*), che dal 2001 assicura diritti per molti versi analoghi a quelli matrimoniali, tra cui la scelta di un cognome comune (BVerfG, 3295/07 del 11.1.2011 in <http://www.bundesverfassungsgericht.de>). Il Tribunale costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della legge, ammettendo a tali unioni anche i transessuali che abbiano ottenuto la rettificazione anagrafica di sesso senza alcuna operazione chirurgica, secondo la cd. «piccola soluzione». Nella specie si trattava di un uomo che aveva ottenuto la correzione anagrafica restando anatomicamente uomo ma assumendo il nome e le sembianze di fatto dell'altro genere. Il medesimo, essendo orientato sessualmente verso le donne, aveva chiesto di potersi unire civilmente con la propria compagna. Nella decisione la Corte osserva come l'accesso all'istituto del matrimonio – unico istituto in grado di proteggere

Si deve sottolineare come la soluzione adottata dal Bundesverfassungsgericht evidenzia la profonda differenza tra le nozioni di «identità di genere» e di «orientamento sessuale», già sottolineata anche dalla nostra Corte Costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010, lì dove è stata esclusa ogni trasposizione agli omosessuali dei principi in materia di transessualità⁵⁸. Quest'ultima attiene difatti all'individuazione del genere della persona, al cui riguardo la normativa italiana, come quella tedesca, ha stabilito di dare prevalenza ai fattori psichici dominanti rispetto al mero dato biologico. L'orientamento sessuale identifica, invece, il genere verso cui è orientata la sessualità della persona (verso l'altro, il proprio oppure entrambi i sessi)⁵⁹. Tenendo a mente tale evidente distinzione è stato dunque possibile ammettere – in un ordinamento giuridico come il tedesco che esclude il matrimonio tra persone dello stesso sesso - la permanenza del vincolo coniugale tra persone *divenute* dello stesso genere legale. Viene dunque recisamente smentita quell'opinione per cui la prosecuzione del matrimonio «sarebbe concepibile in un ordinamento — come quello olandese — che accanto al matrimonio eterosessuale ammette anche quello omosessuale ... Non così in ogni altro ordinamento, come il nostro, nel quale il matrimonio o è eterosessuale o non è matrimonio»⁶⁰.

7. La protezione del matrimonio e dell'identità personale nella nostra Costituzione

Per la Corte Costituzionale la normativa del 1982 ha introdotto «un concetto di identità sessuale nuovo», posto che la psiche, e non il fisico, determina l'identità di genere riconosciuta dall'ordinamento⁶¹. Nella sentenza n. 161 del

la relazione tra la stessa e la propria compagna - incida sulla dignità della persona in quanto rileva in pubblico che la medesima era in origine un uomo, violandone il diritto alla riservatezza. Ne consegue l'illegittimità della pretesa legislativa di procedere ad un'operazione chirurgica per accedere al regime di favore previsto dall'unione civile. Una disamina di questa pronuncia in Saitto *La giurisprudenza tedesca in materia di eingetragene Lebenspartnerschaft tra garanzie d'istituto e Abstandgebot. Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 201 della Corte Costituzionale italiana*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2011

58

CORTE COST. n. 138 del 2010 cit..

59

Nella sentenza del BvG sono citate in premessa le osservazioni della Società tedesca di ricerca sulla sessualità (Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung) per la quale «vi è un ampio ventaglio di orientamenti sessuali tra gli assai eterogenei gruppi di transessuali da Uomo a Donna» mentre la grande maggioranza dei transessuali da Donna ad Uomo si orientano sessualmente verso le donne (BVerfG, 1 BvL 10/051, par. 25).

60

LA TORRE *La rettificazione* cit, 1605.

61

Corte Costituzionale n. 161 del 6/5/1985. La sentenza costituisce dunque un evidente superamento del precedente del 1979, posto che ha riconosciuto il fondamento del diritto all'identità sessuale nell'art. 2 cost., così PEZZINI *Transgenere in Italia* cit, alla quale si rimanda anche per le acute osservazioni sulla prospettiva centrata sul diritto alla salute e sulla medicalizzazione della condizione del transessualismo, contrapposta alla nozione di identità di genere; su questi temi, in particolare sul confronto tra l'impostazione costituzionale italiana e gli orientamenti della C.E.D.U. cfr. anche – in opposta prospettiva - CATARBA *Avventure*

1985 la Corte ha ben evidenziato la natura del diritto all'identità della persona transessuale, la quale «sente in modo profondo di appartenere ad un altro sesso (o genere), del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio»⁶².

La fondamentale esigenza della persona transessuale «di far coincidere il soma con la psiche»⁶³ è pienamente assicurata dall'ordinamento, non essendo in dubbio, a ben vedere, la prosecuzione del matrimonio dopo l'esecuzione del trattamento chirurgico. Attesa la natura bifasica del procedimento, ottenuta l'autorizzazione dell'Autorità Giudiziaria ed eseguito l'intervento chirurgico, l'ordinamento ammette senz'altro che il matrimonio possa proseguire tra due persone divenute fisicamente dello stesso sesso, sino a che la persona non richieda la rettificazione anagrafica. Sotto tale profilo è dunque inesatto quanto affermato dalla Corte Costituzionale nel menzionato *obiter dictum* del 1985 - per cui 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»⁶⁴ -, poiché la legge non detta alcuna regola con riguardo agli effetti giuridici della trasformazione anatomica. Nel nostro ordinamento, mutamento di sesso e matrimonio sono invero compatibili. La persona che abbia ottenuto l'autorizzazione con sentenza dell'Autorità Giudiziaria e abbia eseguito l'intervento chirurgico mutando sesso potrà proseguire il rapporto matrimoniale e potrà pure contrarre matrimonio con persona fisicamente del proprio stesso sesso. Ciò che risulta in questione, invece, è l'ulteriore passaggio per la piena affermazione del diritto costituzionale al rispetto della propria identità personale (art. 2 Cost.), che richiede il superamento della scissione tra la raggiunta identità psico-fisica (autorizzata dall'ordinamento) e la corrispondente identità anagrafica.

Anche il diritto a contrarre matrimonio ed a continuare la propria vita familiare è sancito dalla nostra Carta costituzionale, all'art. 29. Tale norma ha precipua funzione di garanzia per il cittadino da ingerenze ed intrusioni indebite dell'Autorità pubblica nella propria sfera familiare. L'art. 29 è stato scritto, difatti, proprio per scongiurare i tristi vincoli sofferti dalla libertà matrimoniale durante il regime fascista, coi noti limiti al diritto di sposare gli stranieri o gli ebrei⁶⁵.

giuridiche della differenza sessuale in Iustitia, 2011, II, 285.

62

CORTE COST 25/5/1985 n. 161 cit., punto 3 dei *Considerato in diritto*.

63

CORTE COST 25/5/1985 n. 161 cit., punto 3 dei *Considerato in diritto*.

64

CORTE COST 25/5/1985 n. 161 cit., punto 3 dei *Considerato in diritto*.

65

All'indomani della caduta del regime, i Costituenti vollero assicurare che lo Stato non potesse imporre autoritativamente concezioni ideologiche in ambito familiare. In tal senso la dottrina più autorevole ha sottolineato come l'art. 29 imponga al Legislatore di salvaguardare «una sfera nell'ambito della quale l'ordinamento statale si asterrà dal penetrare, rispettoso dei valori e dei sentimenti individuali»⁶⁶.

Il diritto al matrimonio è diritto a contrarre e diritto a proseguire il matrimonio senza indebite interferenze dell'Autorità pubblica. Non può revocarsi in dubbio che nel nostro ordinamento, non meno che in Germania, il matrimonio trovi protezione costituzionale come «comunità di mutua responsabilità di durata illimitata che non è suscettibile d'essere dissolta dallo Stato contro la volontà degli stessi coniugi», secondo l'illuminante definizione dei giudici di Karlsruhe.

È dunque in questione la protezione della libertà matrimoniale della persona transessuale e sono inoltre in gioco i diritti soggettivi, le aspettative, lo status del coniuge e dei figli, i quali vengono alterati con lo scioglimento del vincolo. Lo scioglimento autoritativo del matrimonio mette in pericolo i diritti dei membri della famiglia poiché prescinde dalla volontà degli stessi e poiché l'automatismo rimanda la soluzione d'ogni questione ad un momento successivo e solo eventuale rispetto alla già avvenuta cessazione del vincolo, con un pericoloso limbo sino all'instaurazione dell'altra causa. La gravità delle conseguenze non può sfuggire se non a costo di svalutare, paradossalmente, proprio il significato del matrimonio e della protezione assicurata dall'istituto matrimoniale ai componenti della famiglia legittima⁶⁷.

Gli irragionevoli (e persino kafkiani) effetti di un divorzio "imposto" appaiono in tutta la loro evidenza quando il giudice sia chiamato a disciplinarne le conseguenze sotto il profilo dei rapporti personali e patrimoniali, dettando prescrizioni in materia di mantenimento, affidamento dei figli, diritto di visita, assegnazione della casa coniugale, in un'ipotesi in cui la vita familiare continui pacificamente su base consensuale. Il paradosso arriva a contemplare un divorzio non solo ammesso ma addirittura imposto dallo Stato in un rapporto matrimoniale che, come nel caso di specie, prosegue invece regolarmente per le

Contro la convinzione diffusa tra i comunisti e i socialisti dell'inutilità di un riferimento costituzionale ai diritti della famiglia, il democristiano Corsanego, relatore di maggioranza, ne sottolineò l'importanza contro le ingerenze già patite dalla libertà matrimoniale durante il fascismo poiché «il legislatore approfittando del silenzio dello Statuto Albertino in ordine alla famiglia, ha potuto dettare una serie di norme che violavano la libertà della famiglia. Ha fatto obbligo a talune classi di individui di sposarsi (...) ha fatto divieto ad altri individui, per esempio gli ebrei, di sposarsi in terra italiana, ha stabilito divieti di nozze con stranieri» CORSANEGO *Atti dell'Assemblea Costituente*, p. 3227. I matrimoni interreligiosi o interrazziali erano stati vietati dal regime fascista con legge del 17 novembre 1938, mentre il matrimonio con lo straniero, anche della stessa razza, era sottoposto al preventivo consenso del Ministero dell'interno ed interdetto senza eccezioni ai dipendenti pubblici.

66

SANDULLI, *Rapporti etico sociali*, art. 29, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di CIAN - OPPO - TRABUCCHI,

67

Come detto, si deve pure rilevare come nel vigore della precedente procedura (che si applica nel caso di specie) non fosse neppure espressamente prescritta la notifica al coniuge ed ai figli nella fase della rettificazione quando la stessa fosse stata preceduta da sentenza di autorizzazione al trattamento chirurgico, con la conseguenza che lo scioglimento del matrimonio avveniva, addirittura, senza notifica al coniuge della domanda giudiziale e della decisione (decreto o sentenza). Cfr. la recente pronuncia del TRIB MODENA 26/5/2011 n. 12 cit..

Autorità religiose (la sindrome transessuale per il diritto canonico non ne determina l'estinzione)⁶⁸.

L'unione tra due persone coniugate di cui una abbia cambiato sesso rientra certamente nella nozione di famiglia e di formazione sociale degna di idonea protezione a norma dell'art. 2 Cost.⁶⁹. Inoltre, tale unione rientra nella nozione di «famiglia» protetta dalle Carte europee, a norma dell'art. 8 C.E.D.U. e dell'art. 9 della Carta europea dei diritti⁷⁰. Nella specie è dunque in gioco la prosecuzione della «vita familiare» e la forma giuridica volta a garantire tale «famiglia». La notazione della Corte d'Appello di Bologna per cui «non possono darsi rapporti che restino ... fuori d'ogni disciplina positiva» dovrebbe condurre allora proprio ad una conclusione opposta a quella raggiunta dalla corte bolognese. Appare difatti quantomeno dubbia un'interpretazione della norma, peraltro forzata sul piano strettamente letterale, che, sul solo convincimento che dopo la rettificazione anagrafica l'unione non rientrerebbe più nella nozione di «matrimonio», finisce col privare quell'unione di qualsiasi tutela, lasciandola «fuori d'ogni disciplina positiva».

8. Alcune obiezioni in dottrina

Non appaiono convincenti le ricostruzioni volte a dimostrare la compatibilità della peculiare ipotesi di divorzio "imposto" con i principi costituzionali, né appaiono persuasive le obiezioni volte a provare che alla prosecuzione del matrimonio si frappongano insormontabili ostacoli d'ordine giuridico o, perfino, logico.

Non persuade, innanzitutto, il tentativo di rendere lo scioglimento forzato compatibile con la Costituzione sottraendolo alla stessa nozione di divorzio – nonostante la chiara disposizione contenuta nella legge 1 dicembre 1970 n. 898 – e riconducendolo alla previsione ex art. 149 c.c. di estinzione del vincolo matrimoniale per ... «morte di uno dei coniugi». Si traccia, così, un inquietante parallelismo tra la sentenza di rettificazione ed il decesso di uno dei coniugi («il coniuge che, nella sua pregressa identità sessuale, è - come se fosse - morto,

68

Ricchissimo di riferimenti e dettagli anche sulla possibilità, ammessa dall'ordinamento italiano e negata dall'ordinamento canonico, di contrarre matrimonio con persona del proprio sesso biologico dopo l'intervento chirurgico: DE PIETRO, *Il mutamento di sesso nella legislazione italiana e i suoi riflessi nel diritto matrimoniale canonico*, in *Dir Fam*, 1995, 335. L'A. mette in discussione l'impianto della norma del 1982 suggerendo che i transessuali dovrebbero essere sottoposti a terapia psichiatrica finalizzata a guarire la sindrome transessuale riconducendoli al loro sesso biologico. Sull'insufficienza di tali soluzioni terapeutiche v. tuttavia, con ampi riferimenti bibliografici, VECCHI voce *Transessualismo* cit., 2.

69

Il dato è viepiù indubbio alla luce delle affermazioni della Corte Costituzionale sulle unioni omosessuali (sentenza n. 138 del 2010).

70

La Corte di Strasburgo, infatti, nella menzionata sentenza *Schalk and Kopf v. Austria* ha affermato espressamente che le unioni tra persone dello stesso sesso sono coperte dalle norme sulla «vita familiare» ex art. 8 cit.. Non paiono cogliere appieno tale dato, per il vero assodato, quanti a proposito delle famiglie omosessuali parlano ancora di «unioni "parafamiliari"» (RUGGERI «Famiglie» di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo corte cost. n. 138 del 2010? in *Riv.Ass.It.Cost.* 2011, www.rivistaaic.it). La «doppia svolta» (sulla nozione di «matrimonio» e sulla nozione di «famiglia») è confermata da ultimo anche dalla S.C. nella più volte menzionata sentenza n. 4184 del 2012.

perché rinato in quella opposta e però incompatibile con l'ormai consueto matrimonio eterosessuale»⁷¹). È evidente la scarsa compatibilità di tale ricostruzione ermeneutica con i principi costituzionali, posto che la persona (in ciò accogliendo, si lasci dire, il lascito più alto del pensiero cristiano) è posta al centro del sistema costituzionale, vietando ogni indebita associazione tra una persona viva ad una persona deceduta. La *fiction* del decesso («il coniuge ... è - come se fosse - morto») finisce pericolosamente per considerare la persona come deceduta, dunque una “non persona”, proprio al fine di non riconoscerle i diritti costituzionalmente garantiti. Ma la tesi è forzata anche dal punto di vista logico, poiché pone sullo stesso piano un *fatto* (la morte) ed un *atto* (il provvedimento che dispone la rettificazione anagrafica). Come detto, nella specie non è in questione la permanenza del vincolo matrimoniale tra due persone divenute *di fatto* (fisicamente) dello stesso sesso⁷².

Neppure l'inquadramento come *tertium genus* tra divorzio e morte appare persuasivo, in quanto contrario alla lettera della norma che indica espressamente la rettificazione di sesso tra le cause di divorzio. Il nostro ordinamento non conosce altre ipotesi di scioglimento coatto del matrimonio e si deve ritenere che una deroga alla libertà matrimoniale necessiterebbe di una chiara ed esplicita disposizione normativa – con ogni probabilità di rango costituzionale - e non possa essere frutto di una forzatura interpretativa a fronte della precisa indicazione contenuta nella lettera g) dell'art. 3, Il comma L. 1° dicembre 1979 n. 898.

Non convince neppure la tesi per cui la soluzione sarebbe imposta in ragione delle conseguenze «paradossali» della prosecuzione del matrimonio, «come ad esempio la permanenza della presunzione di concepimento con

71

Secondo LA TORRE, infatti «il mutamento sessuale è una fattispecie estintiva del matrimonio più simile alla morte che al divorzio»; l'A. traccia un peculiare parallelismo tra il «caso che il coniuge muoia» e il «caso di accertato mutamento del sesso», sostenendo che si impone nella specie lo scioglimento del vincolo «da dare questa conseguenza per scontata anche nel silenzio della legge, essendo ciò nell'ordine naturale delle cose, non diversamente dalla morte fisica di uno dei coniugi», concludendo «che il mutamento sessuale è una fattispecie estintiva del matrimonio più simile alla morte che al divorzio», *La rettificazione* cit. 1583 ss..

72

Il “fatto”, peraltro, è tutt'altro che istantaneo, atteso che il percorso dall'uno all'altro genere è sempre assai lungo ed impervio e non conduce, mai, ad una definitiva identità con l'altro genere (per la quale sarebbe indispensabile un adattamento cromosomico ad oggi inimmaginabile). È discusso, per altro verso, se si renda effettivamente necessario un adeguamento fisico ai fini della rettificazione anagrafica. Sul punto cfr. da ultimo TRIB ROMA 11/3/2011, n. 5896, cit., per cui: «in caso di transessualismo accertato il trattamento medico-chirurgico previsto dalla legge n. 164/82 è necessario nel solo caso in cui occorre assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, ossia nel solo caso in cui la discrepanza tra il sesso anatomico e la psicosexualità determini un atteggiamento conflittuale di rifiuto dei propri organi sessuali. Pertanto deve ritenersi che nei casi in cui non sussista tale conflittualità non è necessario l'intervento chirurgico per consentire la rettifica dell'atto di nascita; in altri termini, la legge n. 164/82 non prevede il trattamento chirurgico di adeguamento degli organi sessuali come presupposto indispensabile per la rettifica, ma dispone solo che tale intervento debba essere autorizzato, quando necessario. Tale interpretazione si impone anche alla luce degli argomenti esposti dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 161/1985, nell'ambito della quale viene affermata una nozione di identità sessuale che tiene conto non solo dei caratteri sessuali esterni, ma anche di elementi di carattere psicologico e sociale, derivandone 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 il o i fattori dominanti”» (in *Guida al diritto*, 7- 8/2011, 15 s, cit.; dello stesso tribunale, v. già una decisione del 1997, in *Dir. Fam.*, 3/1998, con nota di LA BARBERA, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento medico-chirurgico*, 1033 ss.). Rileva criticamente a tale proposito RUGGERI come per effetto di tale indirizzo giurisprudenziale «viene spianata la via all'eventuale matrimonio tra persone che hanno sesso diverso legalmente ma non pure fisicamente»(RUGGERI “*Famiglie di omosessuali* cit.). Il matrimonio tra persone che hanno sesso diverso legalmente ma non pure fisicamente, è tuttavia per altro verso già pacificamente consentito dall'ordinamento, essendo come detto pacifico che la persona che abbia effettuato l'intervento chirurgico possa sposarsi con persona legalmente di sesso diverso, ma dello stesso sesso sul piano fisico.

riguardo al marito che appartenga attualmente al sesso femminile»⁷³. La peculiare presunzione di concepimento è difatti analoga e speculare a quella, già tollerata dall'ordinamento, che si determina in ipotesi di nuovo matrimonio del transessuale (anche qui il marito che appartiene biologicamente al sesso femminile è presunto padre).

Non persuade neanche il rilievo per cui le conseguenze ritenute «paradossali» deriverebbero dalla prosecuzione della «convivenza dei figli con genitori ormai dello stesso sesso»⁷⁴. La convivenza tra genitori e figli prescinde difatti del tutto dalla permanenza del vincolo matrimoniale. A tale proposito si deve osservare come dottrina e giurisprudenza, anche europea, non abbiano escluso affatto che il minore possa essere affidato al genitore transessuale (peraltro nella sentenza n. 161 del 1985 la Corte Costituzionale rileva come lo scioglimento del vincolo preservi impregiudicati i doveri genitoriali⁷⁵). È stato sottolineato, anzi, come la prosecuzione del matrimonio potrebbe essere auspicabile nel caso concreto proprio al fine di tutelare i minori, tant'è che secondo un'autorevole opinione – che per altro verso propugna con forza lo scioglimento automatico del matrimonio – potrebbe essere opportuna una legge di revisione costituzionale che consenta la prosecuzione del matrimonio ove necessario per tutelare la prole⁷⁶. Tale ultima conclusione non appare invero obbligata, dovendosi ritenere che l'interesse superiore dei minori sia già pienamente tutelato nell'attuale quadro costituzionale, consentendo la nostra Carta una coerente interpretazione delle norme ordinarie.

Non è neppure vero che con la prosecuzione del matrimonio si realizzerebbe un'inaccettabile violazione del principio di eguaglianza con riguardo al diverso trattamento degli omosessuali⁷⁷. Le due situazioni restano ben distinte non soltanto in ragione della naturale differenza ontologica tra

73

VECCHI voce *Transessualismo* cit, 9.

74

VECCHI voce *Transessualismo* cit, 9.

75

CORTE COST 25/5/1985 n. 161 punto 13 dei *Considerato in diritto*: «anche il transessuale, ove mai avesse avuto figli da un matrimonio in precedenza contratto o dovesse averne - ma non da lui generati - dal "nuovo" matrimonio, sarebbe tenuto all'adempimento degli obblighi (di mantenimento, educazione ed istruzione) posti dalla legge a carico dei coniugi».

76

È quanto suggerito da RUGGERI per cui potrebbe essere opportuna una riforma costituzionale che consenta la prosecuzione del matrimonio ove ritenuto necessario a tutela della prole, valutazione che secondo l'A. andrebbe rimessa tuttavia non alla (sola) volontà dei coniugi ma al giudice (*"Famiglie" di omosessuali* cit.).

77

Come ritenuto, invece, da VECCHI voce *Transessualismo* cit, 9); FORTINO *L'ufficiale di stato civile*, cit., 7.

omosessuali e transessuali (sottolineata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 138/2010), ma soprattutto perché solo per questi ultimi e soltanto in occasione di un matrimonio regolarmente celebrato e di un rapporto matrimoniale consolidato, entrano in questione il diritto costituzionale alla permanenza del rapporto matrimoniale, i diritti che dal matrimonio derivano ai coniugi ed ai figli, il divieto costituzionale di scioglimento autoritativo del vincolo contro la volontà dei coniugi⁷⁸. Il principio recepito dal nostro ordinamento per cui le coppie dello stesso sesso non possono accedere al matrimonio non risulta dunque scalfito in alcun modo.

9. Conclusioni

Com'è stato evidenziato in premessa, la peculiarità del caso di specie consta, in buona sostanza, nella permanenza di una solida comunione di vita spirituale e materiale tra i coniugi⁷⁹. I due membri della coppia sposata hanno condiviso il faticoso percorso della rettificazione di sesso e ben possiamo immaginare la difficoltà delle scelte e l'intensità del legame. Innanzi a due cittadini che difendono la loro unione, che chiedono allo Stato di non procedere a cancellare d'autorità il vincolo che hanno liberamente scelto esercitando il diritto fondamentale al matrimonio, la questione delle ragioni che imporrebbero una manifesta intromissione nella loro sfera privata richiede dunque un'indagine accurata degli interessi, anche costituzionali, in gioco.

Il risultato cui è pervenuta la Corte bolognese, per cui lo scioglimento del matrimonio prescinderebbe senz'altro da qualsiasi valutazione dell'Autorità Giudiziaria, non appare condivisibile. La Corte d'Appello ha richiamato «profili di pubblico interesse» che indurrebbero a rimuovere il matrimonio senza formalità, eppure proprio la natura dei diritti soggettivi e degli interessi pubblici impone, piuttosto, che sia mantenuta la forma e la sostanza del procedimento giurisdizionale. Non può ritenersi che la garanzia giurisdizionale (ed i correlati principi della domanda e del contraddittorio) sia assicurata dalla sola notifica al coniuge della domanda di rettificazione di sesso, atteso che la domanda giudiziale deve contenere una chiara indicazione del *petitum* ed in ambito processuale deve essere assicurato che le parti abbiano piena contezza dello

78

Per un'altra interessante prospettiva, v. PEZZINI la quale propone «di ammettere che l'iscrizione di genere si compia contemporaneamente su piani diversi, in ciascuno dei quali si assume la prevalenza di un criterio di identificazione diverso», così che «per una serie di effetti giuridici si darebbe la prevalenza all'elemento del sesso psicologico (che comporta la trasformazione parziale dei caratteri sessuali secondari ed eventualmente primari e rende irrilevante il sesso cromosomico); agli effetti del matrimonio precedente, invece, continuerebbe a darsi prevalenza al sesso cromosomico rendendo irrilevanti gli elementi psicologico e dei caratteri sessuali secondari e primari» (*Transgenere in Italia*, cit. 19)..

79

Tutto lascia intendere che il caso non sia irripetibile. Come si è visto, casi analoghi sono stati trattati dalla giurisprudenza tedesca e fattispecie simili nella giurisprudenza di merito francese sono state segnalate da SCHUSTER, *L'identità di genere* cit.. Nelle menzionate osservazioni della Società tedesca di ricerca sulla sessualità citate dal BVerfG si rileva che «molti transessuali da Uomo a Donna sono sposati ed hanno spesso anche figli. Sovente hanno provato per anni a soffocare il proprio desiderio transessuale, con grave sofferenza, al fine di non mettere in pericolo il loro matrimonio e la loro famiglia. Infine quando ciò non gli è più possibile, molti di questi matrimoni si rompono»; il conflitto interiore, tra la propria salute psichica ed il benessere della famiglia «dura spesso a lungo e finisce per approfondire ancor più il legame tra i coniugi» (BVerfG, 1 BvL 10/051, par. 25). Si può supporre che anche nel nostro Paese persone sposate siano scoraggiate nell'intraprendere o completare il percorso di mutamento di sesso dal timore di mettere in pericolo la propria famiglia (è noto ad esempio, per essere stato più volte illustrato nei mass media, il caso del figlio di un noto ex magistrato), né è da escludere che non si proceda alla fase della rettificazione legale, così com'è verosimile che in altri casi il matrimonio non sia stato sciolto essendo stati gli enti locali meno attivi (ipotizza, criticamente, che ciò possa già accadere in molti comuni, RUGGERI *"Famiglie" di omosessuali*, cit. 12).

specifico oggetto del dibattito processuale (nella specie, ad es., né l'istante né il coniuge erano stati mai formalmente avvertiti delle conseguenze della domanda di rettificazione).

Ma la questione di maggiore momento attiene, com'è ovvio, alla possibilità per l'Autorità Giudiziaria di procedere all'estinzione del matrimonio contro la volontà dei coniugi ed ai suoi riflessi sulla protezione dell'identità e della dignità delle persone coinvolte. Anche nel nostro sistema, non meno che in Germania, è d'obbligo, allora, un'attenta valutazione se la coercizione dei diritti fondamentali dell'istante, del coniuge e della prole sia giustificata da un fine legittimo e sia proporzionata.

L'abbandono da parte della S.C., nella citata pronuncia sulla trascrizione dei matrimoni gay del 2012, di ogni riferimento a divieti costituzionali (la «libera scelta del Parlamento»), alla tradizione (la Corte dà atto della recente «radicale evoluzione» rispetto ad una tradizione millenaria) ed a questioni ontologiche e «di natura» («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») conduce a ritenere che la definizione del matrimonio sia rimessa - nel nostro come negli altri ordinamenti europei - alla piena discrezionalità del legislatore ordinario. Bisognerà allora tenere conto che, come s'è visto, una legge ordinaria nella specie c'è già, posto che l'art. 3, Il comma lettera g, L. 1/12/1970 n. 898 prevede già che il mutamento di genere anagrafico comporti (solo) la possibilità di proporre istanza di divorzio senza attendere i tempi della separazione.

Seguendo la traccia segnata dal Tribunale costituzionale tedesco anche chi ritenesse che il principio della diversità di sesso (il cd. paradigma eterosessuale del matrimonio) sia tacito presupposto della nostra Carta costituzionale - che pure non ne fa espressa menzione -, dovrebbe prendere atto che lo stesso certamente non rappresenta principio sovraordinato rispetto ad altri principi e valori costituzionali, ma deve essere temperato con questi, tenendo conto della speciale rilevanza che anche il nostro ordinamento assicura alla dignità personale intesa, invece, quale valore «supercostituzionale»⁸⁰.

La prosecuzione del matrimonio tra due coniugi di cui uno abbia richiesto di registrare la propria mutata identità sessuale, non intacca in alcun modo i diritti che la Costituzione assicura alle altre coppie sposate né mette in discussione il principio, sinora recepito nel nostro ordinamento, per cui solo due persone di diverso sesso possono contrarre matrimonio. Tra le diverse ipotesi interpretative della nostra legge ordinaria, evidenziate dalla dottrina e consentite dalla lettera della norma, si impone allora quella che, in piena aderenza al dato letterale, contempla il divorzio soltanto in seguito a domanda giudiziale avanzata da uno dei coniugi.

Sulla nozione di dignità personale, v. per tutti RODOTÀ *La dignità in Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti 259; in particolare sulle diverse accezioni di dignità personale nell'ordinamento tedesco ed in quello americano si segnala, da ultimo, CRICENTI *La dignità nel biodiritto in La Nuova Giur. Civ. Comm.* 2012, II, 95. La dignità personale è stata definita di volta in volta quale «diritto dei diritti», *Grundnorm* e *Grundwert* «che sta a fondamento della società e dello Stato», «non bilanciabile con qualsivoglia altro valore», tale «per cui davanti alla possibile incisione della dignità della persona umana, impedita a realizzare il proprio progetto di vita, non v'è interesse opposto, pur meritevole di tutela, che tenga» (RUGGERI *"Famiglie" di omosessuali*, cit.).