

LUIGI FERRARO

CORTE COSTITUZIONALE, *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* E CORTE EDU TRA IDENTITÀ SESSUALE E ORIENTAMENTO SESSUALE*

Sommario: 1. La sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale italiana sul c.d. 'divorzio imposto'. 1.1 ...e la successiva decisione del *giudice a quo* (Corte cass., sent. n. 8097/2015). 2. Il *Bundesverfassungsgericht* e lo scioglimento del matrimonio. 3. La Corte EDU e il caso finlandese. 4. Le tre decisioni giurisprudenziali (Corte costituzionale, *BVerfG* e Corte EDU): affinità e differenze. 5. Il principio di autodeterminazione nelle coppie *divenute same-sex* e l'inerzia del legislatore italiano: qualche osservazione conclusiva.

1. La nostra Corte costituzionale di recente ha dovuto affrontare un tema molto delicato sul versante del biodiritto, poiché la fattispecie alla sua attenzione ha fatto emergere un intreccio problematico tra il diritto all'identità sessuale e quello all'orientamento sessuale di non agevole risoluzione. Si tratta, com'è noto, di due diversi profili che coinvolgono la sfera più intima della persona umana e che, perciò, richiedono da parte di tutti la massima attenzione e un elevato riguardo nella loro trattazione.

La questione all'esame del giudice delle leggi ha interessato una persona di sesso originariamente maschile e regolarmente sposata, la quale però in costanza di matrimonio, nel legittimo esercizio del proprio diritto all'identità sessuale e d'accordo con l'altro coniuge, decideva di procedere alla rettifica del sesso secondo quanto indicato dalla legge 164/1982. L'interessata – divenuta oramai persona di sesso femminile – otteneva dal Tribunale di Bologna una sentenza (giugno 2009) che ordinava all'ufficiale di stato civile del comune di residenza la relativa modifica nell'apposito registro; tuttavia, lo stesso pubblico ufficiale procedeva ad annotare, a margine dell'atto di matrimonio, anche la cessazione degli effetti civili del connubio, ai sensi dell'art. 4 della legge 164/1982, sebbene non vi fosse stata alcuna disposizione in tal senso da parte della magistratura bolognese.

* Il presente contributo è stato già pubblicato in *Rivista AIC* (Associazione Italiana dei Costituzionalisti), n. 3, 2015.

A seguito di quest'ulteriore annotazione compiuta dall'ufficiale di stato civile è nato un contenzioso giudiziario, poiché i due coniugi – dopo aver condiviso la decisione di modifica del sesso – non hanno mai manifestato alcuna intenzione di interrompere il loro rapporto matrimoniale. Inizialmente, il Tribunale di Modena adito ordinava la cancellazione dell'annotazione sulla fine degli effetti civili del matrimonio, così come richiesto dai coniugi interessati. Poi, però, la Corte di Appello di Bologna procedeva alla totale riforma della decisione di primo grado, poiché la permanenza del vincolo matrimoniale avrebbe significato in questo caso «mantenere un rapporto privo del presupposto suo legittimo più indispensabile: la diversità sessuale dei coniugi»¹. In tal modo, il giudice d'appello confermava lo scioglimento del vincolo coniugale richiamandosi al principio dell'eterosessualità del matrimonio.

La vicenda giudiziaria è passata al vaglio di legittimità della Corte di cassazione, la quale però ha inteso rimettere la questione alla Corte costituzionale, data la sua rilevanza e non manifesta infondatezza. Difatti, il Supremo Giudice ha dubitato della costituzionalità innanzitutto dell'art. 4, legge 164/1982, secondo cui, nella parte che interessa, la sentenza di rettifica del sesso «provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso», senza lasciare alcuna possibilità di scelta ai coniugi sulla permanenza del vincolo matrimoniale, nonostante tra le cause di divorzio ad istanza di parte sia stata inserita la stessa sentenza definitiva di «rettificazione di attribuzione di sesso»². In questo modo, a giudizio della Cassazione, si verifica una «operatività *ope legis* della causa di scioglimento del vincolo» che, da un lato, garantisce l'interesse statale alla conservazione del modello familiare di tipo eterosessuale, dall'altro, sacrifica una serie di diritti, tra cui quello all'autodeterminazione da parte dell'interessato circa la propria identità sessuale, alla conservazione del legame coniugale, alla scelta dell'altro coniuge sulla prosecuzione della relazione matrimoniale oltre che quello a non essere irragionevolmente discriminati rispetto alle altre coppie coniugate che possono decidere liberamente in ordine al divorzio³. Alla luce di ciò il quesito di base sottoposto all'attenzione della Corte

1 In questo senso Corte di Appello di Bologna; entrambe le decisioni, di primo e secondo grado, possono rinvenirsi sul sito www.articolo29.it/bibliografia-identita-di-genere/matrimonio-e-figlie/effetti-sul-matrimoniomerito

2 Ai sensi dell'art. 3, 1° comma, num. 2), lett. g), legge 898/1970, così come modificato dall'art. 7 della legge 74/1987.

3 Sul sacrificio imposto al partner della persona transessuale in seguito allo scioglimento automatico del coniugio cfr. P. STANZIONE, *Transessualità* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, 889 s.

costituzionale si è concretizzato «nella valutazione dell'adeguatezza del sacrificio imposto all'esercizio di tali diritti dall'imperatività dello scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi» (ord. di rinvio n. 14329/2013)⁴.

In breve, a fronte della volontà manifestata dagli interessati in favore della prosecuzione del vincolo matrimoniale, il giudice del rinvio ha individuato nella citata normativa un'ipotesi di 'divorzio imposto'⁵ in ossequio al carattere eterosessuale del matrimonio; è evidente, infatti, come la rettifica del sesso abbia trasformato il legame coniugale tra due persone originariamente di sesso diverso in un rapporto di tipo omosessuale.

La Corte costituzionale, con una sentenza additiva di principio, la n. 170/2014, ha accolto la questione di legittimità⁶. In via preliminare, il giudice delle leggi ha voluto evidenziare i due presupposti che – a suo giudizio – caratterizzano la fattispecie: per un verso ha confermato il «requisito essenziale» della eterosessualità del matrimonio, che verrebbe ad essere violato dalla decisione dei coniugi di proseguire nel proprio rapporto, per l'altro ha posto in risalto la presenza di un «pregresso vissuto» matrimonia-

4 Ordinanza di rinvio della Corte di cassazione del 6 giugno 2013 (in particolare, p. 23), in www.articolo29.it; per un commento attento a tale ordinanza v. F. BILOTTA, *Transessualismo (voce)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche (Aggiornamento)*, Torino, 2013, 765 s. Ancora di recente, il Tribunale di Trento con un'ordinanza del 19 agosto 2014 ha rimesso gli atti alla Consulta, sollevando la questione di legittimità costituzionale «dell'art. 1, primo comma, della legge 14.04.1982, n. 164, nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione di sesso alla intervenuta modificazione dei caratteri sessuali della persona istante, con riferimento ai parametri costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, Cost.»; per tale ordinanza v. <http://www.articolo29.it/tribunale-trento-ordinanza-19-agosto-2014>.

5 Secondo M. BALBONI, M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere: “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, in *GenIUS*, n. 1, 2014, 6, (la Rivista è reperibile sul sito <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/06/genius-2014-01.pdf>), l'ipotesi del divorzio imposto implica il «diritto o meno al mantenimento del vincolo matrimoniale nel caso in cui uno dei coniugi (e uno soltanto) proceda al cambiamento anagrafico del sesso una volta terminato il percorso di trasformazione relativo al genere».

6 È sostanzialmente condivisa in dottrina la qualificazione di questa sentenza come un'additiva di principio, ad esempio, cfr. P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 luglio 2014, 11; G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in <http://www.articolo29.it>, 26 giugno 2014, e F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 giugno 2014.

le, che si è regolarmente costituito e in cui sono maturati «reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale» (punto 5.1 del *Considerato in diritto*) che ne segnano la differenza con un'unione omosessuale *tout court*.

Tuttavia, la Consulta non ha condiviso taluni dei parametri di costituzionalità invocati dalla Corte di cassazione. Innanzitutto e in modo conforme a quanto stabilito nella precedente sentenza n. 138/2010, il giudice delle leggi non ha individuato nell'art. 29 Cost. la norma di riferimento, poiché la nozione di matrimonio presupposta in quest'ultima disposizione è quella del codice civile del 1942 che richiede la diversità di sesso tra i due coniugi⁷.

Né tantomeno, è stato considerato pertinente il richiamo agli artt. 8 e 12 CEDU – che disciplinano rispettivamente il diritto alla salvaguardia della vita privata e familiare e il diritto al matrimonio – nella loro qualità di norme interposte agli artt. 10, 1° comma, e 117, 1° comma, Cost.; in questo caso la ragione del diniego si rinviene nell'indirizzo della Corte EDU – peraltro recentemente confermato⁸ – per cui in assenza di un *consensus* tra i diversi Stati europei relativamente alle unioni *same-sex* rimane ferma la discrezionalità dei legislatori nazionali nella scelta delle forme di tutela da garantire alle coppie omosessuali (punto 5.3 del *Considerato in diritto*).

La Corte costituzionale, invece, rinviene nell'art. 2 Cost. il parametro di riferimento, in quanto il rapporto affettivo tra due persone del medesimo sesso è da ricomprendere nell'ambito delle formazioni sociali di cui allo stesso art. 2, anche se poi spetta alla discrezionalità del Parlamento l'individuazione delle modalità più appropriate di tutela per questo tipo di unioni improntate al carattere della stabilità⁹.

7 Può essere utile richiamare, ad esempio, l'art. 143, 1° comma, cod. civ., sui diritti e doveri reciproci dei coniugi: «Con il matrimonio il marito e la moglie (corsivo nostro) acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri».

8 L'orientamento della Corte EDU cui si riferisce la Consulta è stato confermato dallo stesso giudice di Strasburgo nella recentissima decisione del 21 luglio 2015, ricorsi riuniti n. 18766/11 e n. 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*, par. 162, consultabile sul sito <http://www.articolo29.it/2015> e che verrà richiamata più avanti nel corso del presente contributo.

9 Per B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in <http://www.articolo29.it>, 15 giugno 2014, l'esclusione dell'art. 29 Cost. quale parametro di riferimento è la conferma da parte della Corte costituzionale del paradigma eterosessuale del matrimonio, per cui la questione viene giudicata alla luce dell'art. 2 Cost. Allo stesso modo anche P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, cit., 2 ss., evidenzia che «la prima norma costituzionale ad essere accantonata è l'art. 29. Sta qui il vero cuore della pronuncia...». L'indirizzo della Corte costituzionale è stato condiviso dalla Corte di cassazione nella recente sentenza del 9

Anche su questo versante rimane confermato quanto la Consulta aveva già sostenuto nella sentenza n. 138/2010, dal momento che non estende la disciplina del matrimonio alle unioni *same-sex* in nome dell'«interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio» (sent. n. 170/2014, punto 5.6 del *Considerato in diritto*); in ragione di ciò ne consegue che la differenza di sesso per il nostro ordinamento è da considerarsi *requisito essenziale* nel rapporto di coniugio, secondo la stessa ammissione della Corte costituzionale (punto 5.1 del *Considerato in diritto*).

Il giudice delle leggi, però, non può esimersi dal sottolineare la peculiarità della fattispecie ora in esame, data dal preesistente rapporto matrimoniale validamente costituitosi e che, pertanto, ha generato una situazione di diritti e doveri meritevoli di tutela. Ebbene, nel bilanciamento¹⁰ appare evidente come la disciplina legislativa si sia indirizzata verso una tutela esclusiva dell'interesse statale alla salvaguardia del modello eterosessuale di matrimonio, relegando ad una posizione totalmente recessiva gli interessi della coppia che si sono costituiti proprio in ragione del periodo di matrimonio precedente alla sentenza di rettifica del sesso (punto 5.6 del *Considerato in diritto*).

La Consulta boccia anche l'ipotesi di una sentenza manipolativa tesa a sostituire eccezionalmente il divorzio automatico con lo scioglimento del vincolo matrimoniale su istanza di parte, sempre al fine di escludere alla radice la possibilità di concedere un tale vincolo a persone divenute del medesimo sesso¹¹. Perciò, l'organo di giustizia costituzionale invita in modo pressante il legislatore ad intervenire, affinché il nuovo *status* della coppia possa trovare un'opportuna tutela attraverso istituti giuridici seppure diversi dal matrimonio; anzi, il giudicato della Consulta è così penetrante da individuare nella «convivenza registrata» la forma di tutela più appropriata per situazioni di questo tipo, fermo restando naturalmente il potere discrezionale del Parlamento nel fissarne la disciplina (punto 5.7 del *Considerato in diritto*). Di qui la dichiarazione di illegittimità costituziona-

febbraio 2015, n. 2400, I sez. Civile, in <http://www.articolo29.it>, ove si sostiene: «il nucleo affettivo-relazionale che caratterizza l'unione omo-affettiva [...] riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall'art. 2 Cost....».

10 Per A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014, 15, «il bilanciamento è propriamente una tecnica di composizione di “interessi costituzionali” [...] e non dei correlativi valori, i quali, semmai, entrano nel giudizio di costituzionalità in via riflessa o mediata».

11 La Corte costituzionale sembra voler scongiurare la possibilità che la sua decisione diventi una sorta di «cavallo di Troia» a danno del paradigma eterosessuale del matrimonio, su cui cfr. M. BALBONI, M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere: “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, cit., 19.

le, per violazione dell'art. 2 Cost., a danno del citato art. 4 e del connesso art. 2, legge 164/1982, laddove non prevedono alcuna forma di tutela per la coppia in seguito allo scioglimento automatico del matrimonio prodotto dalla sentenza di rettifica del sesso.

1.1 Dopo il giudizio di legittimità costituzionale, proprio quest'ultimo aspetto è stato evidenziato dal giudice *a quo* nel momento in cui ha dovuto decidere il caso concreto alla sua attenzione. Difatti, secondo questo giudice, cioè la Corte di cassazione, la conseguenza più grave del c.d. 'divorzio imposto' messa in luce dalla sent. n. 170/2014 si concretizza nel «passaggio da uno stato di massima protezione giuridica», come rappresentato dal vincolo coniugale, «ad una condizione [...] di assoluta indeterminatezza» successiva allo scioglimento del medesimo vincolo (Corte di cass., sent. n. 8097/2015)¹².

Il profilo critico è perciò rappresentato dall'*assoluto* deficit di tutela nei riguardi delle coppie regolarmente sposate che anche dopo la rettificazione del sesso vogliano conservare la propria unione; tale deficit trova la sua ragione nella grave assenza di una disciplina legislativa su questa materia, che produce «effetti costituzionalmente incompatibili con la protezione che l'unione conseguente alla rettificazione di sesso di uno dei componenti deve [...] conservare ex art. 2 Cost.»¹³. Dunque, in attesa dell'intervento del Parlamento, la sent. n. 170/2014 è valutata dalla Cassazione come «autoapplicativa e non meramente dichiarativa», in quanto la sua qualificazione quale «“additiva di principio” non elide la specificità degli effetti delle pronunce di accoglimento così come indicati nell'art. 136, primo comma, della Costituzione» (Cass., sent. n. 8097/2015). In breve, l'obbligo che a giudizio della Cassazione si deve ricavare dalla sentenza della Consulta è quello di fare fronte all'assenza radicale di tutela per la coppia ricorrente, per cui si deve procedere alla rimozione degli effetti dello scioglimento automatico del vincolo matrimoniale, così da permettere alle parti di conservare i diritti e i doveri propri del coniugio fino a quando il Parlamento non consentirà «ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata» (sent. n. 8097/2015).

12 La sent. n. 8097/2015 della Cassazione può essere consultata sul sito http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/04/Cass._8097_2015.pdf

13 Corte di cass., sent. n. 8097/2015. Per P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in *Comparazione e diritto civile*, gennaio 2011, 15, anche in relazione alle unioni tra persone dello stesso sesso «è dato riscontrare il fondamento comune di tutte le forme di convivenza: personalismo, solidarismo, democraticità», che giustifica il ricorso all'art. 2 Cost.

La decisione del giudice *a quo* è stata accolta in modo controverso in dottrina: mentre una parte di essa ne ha addirittura – in termini di previsione – anticipato il contenuto alla luce della sentenza della Corte costituzionale¹⁴, un'altra parte ritiene il giudicato della Cassazione non conseguenziale all'indirizzo della Consulta¹⁵.

In particolare, in base a quest'ultimo orientamento dottrinario la Corte della nomofilachia – con la sua decisione di consentire il prosieguo del matrimonio seppure fino all'intervento legislativo – avrebbe disatteso l'indicazione della Corte costituzionale secondo cui la persistenza del rapporto di coniugio, di tipo omosessuale, sarebbe in contrasto con l'art. 29 Cost. È sicuramente meritevole di attenzione l'indirizzo della Cassazione, peraltro pure manifestato dalla sent. n. 170/2014, di preservare alla coppia quel sistema di tutele che al momento solo il matrimonio garantisce, ma è altrettanto chiara la valutazione giurisprudenziale della Consulta di non estendere quest'istituto alle coppie *same-sex*.

Invero, come sottolinea una parte autorevole della dottrina ci si trova dinanzi ad una situazione «del tutto nuova», poiché «per la prima volta, la Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità di un'omissione legislativa “pura e semplice”, ossia non collegata con l'incostituzionalità di una norma scritta»; anzi, «l'effetto demolitorio», tipico di una sentenza di accoglimento, nel caso di specie verrebbe meno «in quanto la norma impugnata dovrebbe continuare ad essere applicata» come «addirittura costituzionalmente necessaria», altrimenti si verificherebbe proprio quell'effetto

14 È stato il caso di B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, cit.; difatti, M. GATTUSO, *La vittoria delle due Alessandre: le due donne restano sposate sino all'entrata in vigore di una legge sulle unioni civili*, in <http://www.articolo29.it>, 21 aprile 2015, evidenzia come la Corte di cassazione abbia ritenuto che quella indicata da B. Pezzini «era la strada da percorrere».

15 In questo senso cfr. A. RUGGERI, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (a prima lettura di Cass., I sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *Consulta on line*, n. 1, 2015, 304 ss.; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Il Foro Italiano*, 2014, I, 2680 ss., la cui valutazione è anch'essa in termini di previsione rispetto alla decisione della Cassazione; A. PAPA, *Il “mosaico della famiglia” tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2015, 20. Ancora più recentemente per A. RUGGERI, *Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *GenIUS*, n. 1, 2015, 129, la Corte di cassazione ha proceduto «ad una vera e propria revisione della Costituzione», poiché ha derogato al principio eterosessuale del coniugio.

di persistenza del matrimonio tra due persone del medesimo sesso, che invece la Consulta ritiene illegittimo per le ragioni già espresse¹⁶.

In questa fattispecie allora non si può fare a meno dell'intervento legislativo per la complessità delle scelte da doversi effettuare, come appalesa la sent. n. 8097/2015 della Cassazione che, nel tutelare uno degli aspetti critici pur evidenziati dal giudice delle leggi, finisce per disattenderne l'indirizzo di fondo sulla illegittimità dei matrimoni omosessuali¹⁷.

La decisione della Corte di cassazione, dunque, evidenzia ancora maggiormente il rilievo negativo circa l'assenza della disciplina legislativa su questo tipo di situazione. Il Supremo Giudice ha tentato di arginare il vuoto normativo da un lato recuperando alla coppia ricorrente il sistema di garanzie del «pregresso vissuto» matrimoniale, dall'altro sottoponendo tale scelta «alla condizione temporale risolutiva» (Cass., sent. n. 8097/2015)¹⁸

16 Si tratta dell'indirizzo espresso da R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, cit., 2683 ss., che non manca di sottolineare come «dalla novità della scelta della corte» derivino una serie di conseguenze e «una prima conseguenza è proprio quella dell'efficacia delle pronunce di incostituzionalità» (in particolare p. 2685).

17 Secondo A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta on line*, 13 giugno 2014, 3, «il principio somministrato dalla Corte non si presta ad essere per l'intanto tradotto in regole, ancorché solo a titolo precario, “sussidiariamente” prodotte dal giudice comune, in attesa della organica e compiuta disciplina vagheggiata dalla Corte». Sempre Ib., *Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (a prima lettura di Cass., I sez. civ., n. 8097 del 2015)*, cit., 307 ss., è chiaro laddove afferma che nelle sentenze additive di principio «il giudice *a quo*, unitamente agli altri giudici, in attesa dell'intervento regolatore del legislatore [...] può (e deve) estrarre dal principio somministrato dalla Consulta la regola buona per il caso; o, meglio, che può (e deve) farlo *fantantoché materialmente possibile*, perché alle volte è invero richiesta allo scopo una complessa ed articolata attività di produzione “normativa” [...], un'attività che si presenta assai ardua da svolgere in modo adeguato». Lo stesso A. evidenzia ancora che a giudizio della Cassazione «la regola desunta è [...] l'unica norma desumibile, “a rime obbligate”, dal principio. Solo che, se le cose stessero davvero così, non si capirebbe perché mai la regola stessa non sia stata aggiunta dallo stesso giudice costituzionale» (in particolare p. 308).

18 In proposito B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, cit., aveva già sostenuto che il matrimonio, dopo la rettifica del sesso, sarebbe risultato «sottoposto ad una condizione risolutiva» rappresentata dalla futura e nuova regolamentazione; al contrario, A. RUGGERI, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (a prima lettura di Cass., I sez. civ., n. 8097 del 2015)*, cit., 313, non esita a definire «“invenzione”» l'isti-

dell'intervento legislativo sollecitato dalla Corte costituzionale. Tuttavia, la scelta della Cassazione – pur condivisibile nella sua tensione garantista – sconta le critiche adesso illustrate di una parte della dottrina nel senso, si ribadisce, della contrarietà all'indirizzo della giurisprudenza costituzionale sui matrimoni *same-sex*. Tutto ciò però evidenzia un altro profilo problematico: la Consulta non ha ritenuto questa fattispecie rappresentativa di una possibile eccezione rispetto alla regola dell'illegittimità dei vincoli coniugali tra le coppie omosessuali, come invece è stato prospettato in altri ordinamenti per le ragioni che saranno ora esaminate.

2. Il giudice delle leggi italiano nella sua decisione ha richiamato anche gli indirizzi di altri organi di giustizia costituzionale di Paesi europei che hanno affrontato questioni analoghe, a dimostrazione del dialogo che si instaura tra le Corti su fattispecie come quella oggetto della sent. n. 170/2014 che, pur nella loro peculiarità, non si presentano poi così rare¹⁹.

In particolare, nel presente contributo si presterà attenzione al *Bundesverfassungsgericht* (da ora in poi anche *BVerfG*), ord. del 27 maggio 2008, 1 BvL 10/05, che risolve un caso di scioglimento del matrimonio necessario ai fini della rettifica anagrafica del sesso²⁰. A tal riguardo è opportuno richiamare innanzitutto la legge che in Germania disciplina il fe-

tuto del «matrimonio “a tempo”». Per completezza è utile ricordare un'ulteriore soluzione per la coppia ricorrente proposta da altra parte della dottrina, per la quale il vincolo coniugale dovrebbe considerarsi comunque sciolto, con la possibilità però, in caso di richiesta delle parti, di «ammettere la prosecuzione non giuridicamente indifferente della relativa convivenza [...]». Caso per caso [...] dovrà dunque essere chi intende negare i diritti di volta in volta in rilievo a opporre e provare la base legale-costituzionale della pretesa esclusione», cfr. P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”*: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014, cit., 13 ss.

19 Naturalmente, il dialogo ricomprende anche la Corte EDU, come si dimostrerà nel paragrafo successivo, e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, le quali – unitamente alle Corti costituzionali dei Paesi membri – «sono giudici profondamente diversi fra loro, accomunati tuttavia dall'essere, almeno da un punto di vista sostanziale, giurisdizioni delle libertà», cfr. A. APOSTOLI, *La tutela dei diritti fondamentali al di là della Costituzione nazionale*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 8 ss.

20 La decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco si può reperire sul sito istituzionale <http://www.bundesverfassungsgericht.de>; su un tema analogo si è espressa anche la Corte costituzionale austriaca, *Verfassungsgerichtshof*, sentenza n. 17849, 8 giugno 2006. Entrambe le decisioni sono ora in *GenIUS*, n. 1, 2014, rispettivamente alle pp. 184 ss. e pp. 208 ss. Anche la Corte di cassazione nella sua ordinanza di rinvio si è richiamata ai giudicati tedesco e austriaco, a dimostra-

nomeno del transsessualismo, cioè il *Transsexuellengesetz* (TSG) («Legge sul cambiamento dei prenomi e sulla determinazione dell'appartenenza sessuale in casi particolari») del 10 settembre 1980²¹, che offre alla persona transessuale due diverse soluzioni per la propria condizione. La prima contempla la possibilità che l'interessato si rivolga al Tribunale per il solo cambiamento del nome a seguito del rigetto psicologico che nutre verso il proprio sesso di origine (c.d. piccola soluzione, §§ 1-7 TSG); la seconda consente la modifica definitiva del sesso, perciò anche all'anagrafe, ma sempre dopo la decisione dell'autorità giudiziaria (c.d. grande soluzione, §§ 8-12 TSG).

Questa seconda soluzione deve essere adottata nel rispetto di talune condizioni, alcune delle quali però sono state dichiarate illegittime dallo stesso Tribunale costituzionale federale tedesco. Difatti, una persona transessuale può richiedere la modifica del sesso di origine nel momento in cui non si riconosce più in esso, avendo adottato da almeno tre anni uno stile di vita conforme al sesso psicologicamente percepito (§ 8 Abs. 1). A tale presupposto la disciplina legislativa aggiungeva altre tre condizioni, cioè che la persona non fosse sposata, che fosse «permanentemente incapace di procreare» e che infine si fosse sottoposta ad un intervento chirurgico «di trasformazione dei suoi attributi sessuali esteriori» (§ 8 Abs. 1 Nr. 2, 3 e 4). Tutte queste tre condizioni sono state cancellate da due diverse decisioni del *Bundesverfassungsgericht*, il quale ha cercato di preservare soprattutto il diritto all'autodeterminazione, sensibilmente compromesso da questa parte dell'atto legislativo²².

zione dell'importanza che la fattispecie del 'divorzio imposto' ha assunto a livello europeo.

21 Per un commento sul *Transsexuellengesetz* v. P. STANZIONE, *La soluzione normativa del transsessualismo: l'esperienza tedesco-occidentale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, 1232 ss. È opportuno ricordare come nell'ordinamento tedesco il Tribunale costituzionale federale abbia svolto un ruolo decisivo ai fini del riconoscimento del diritto all'identità sessuale; difatti, il *BVerfG*, con una decisione dell'11 ottobre 1978, individuava nel profilo psicologico l'aspetto principale del transsessualismo, tanto che – in ragione degli artt. 1 (I) e 2 (I) del *Grundgesetz*, a tutela della dignità dell'uomo e del «diritto al libero sviluppo della propria personalità» – poteva affermare: «in primo piano non sta, per i transessuali, la sessualità, bensì il cercare di far coincidere la *psiche* con la *physis*, così che l'operazione è da considerare come una parte dell'attuazione di questo obiettivo» (*BVerfG*, 11 ottobre 1978, in *Il Foro Italiano*, 1979, IV, 274, cui segue una nota di G. VOLPE). Il giudicato del Tribunale costituzionale federale costituirà il fondamento decisivo per la disciplina legislativa del *Transsexuellengesetz*, di due anni successiva.

22 La condizione per cui la persona transessuale non fosse sposata è stata esaminata dal Tribunale costituzionale federale tedesco nell'ord. del 27 maggio 2008, 1 BvL

Naturalmente, ai fini del presente contributo rileva in particolare la condizione del celibato o nubilato quale presupposto indispensabile per ottenere dal Tribunale la rettifica della registrazione del sesso. È evidente che qualora un transessuale si fosse attivato per la c.d. grande soluzione in costanza di matrimonio, sarebbe stato costretto al preventivo scioglimento di tale vincolo per vedere accolta l'istanza di modifica del sesso. Non a caso, proprio una fattispecie di tale tipo è stata oggetto di attenzione da parte del *BVerfG*, nella citata ord. del 27 maggio 2008, 1 BvL 10/05.

Il caso riguarda un uomo nato nel 1929 e sposato dal 1956 con tre figli; da tempo l'interessato non sentiva più di appartenere al proprio sesso anagrafico, per cui nel 2001, attivando la 'piccola soluzione', aveva ottenuto il cambiamento del nome in senso femminile, per poi nel 2002 sottoporsi all'intervento chirurgico per la modifica definitiva del sesso, in conformità a quanto richiesto dal *Transsexuellengesetz* per la 'grande soluzione'. In ragione di ciò la persona transessuale – ormai divenuta di sesso femminile – avanzava richiesta di modifica del proprio stato anagrafico all'Autorità giudiziaria di Schöneberg. Quest'ultima era costretta però a rigettare l'istanza in quanto non si era proceduto al preventivo scioglimento del matrimonio, necessario per ottemperare al dettato legislativo che richiedeva per l'appunto al transessuale di non essere sposato; anzi, l'altro coniuge aveva condiviso in piena sintonia la scelta del mutamento di sesso del proprio partner, per cui non vi era mai stata l'intenzione di sciogliere il loro rapporto coniugale che quindi rimaneva ben saldo²³.

10/05, che ora si analizzerà nel testo, mentre le altre due condizioni, dell'incapacità di procreare e del necessario intervento chirurgico, sono state dichiarate costituzionalmente illegittime dal *BVerfG*, 1 BvR 3295/07, 11 gennaio 2011, in <http://www.bundesverfassungsgericht.de>. Per un commento a tale ultima decisione sia consentito rinviare a L. FERRARO, *Transsessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *federalismi.it*, n. 21, 2013, 27 ss. A giudizio di S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 2, 2012, 180, «La Corte costituzionale tedesca, con le due ricordate decisioni, in materia di interventi chirurgici e di scioglimento del matrimonio, ha profondamente modificato l'impianto della normativa del 1980, trasformando una legge che pur si caratterizzava per rigore e coerenza in una disciplina più liberale e più attenta a tutti gli interessi della persona umana tutelati dall'ordinamento giuridico». Sulla 'piccola soluzione' (*kleine Lösung*) e 'grande soluzione' (*grosse Lösung*) v. G. VIGGIANI, *L'uso della comparazione come metodologia interpretativa nell'ordinanza di rimessione n. 14329/2013 della Suprema Corte di cassazione: similarità e differenze tra il caso italiano e i casi stranieri*, in *GenIUS*, n. 1, 2014, 117.

23 Per una breve, ma attenta ricostruzione della fattispecie v. anche M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno*

La *ratio* della legge tedesca del 1980, che nel caso di specie imponeva lo scioglimento del matrimonio, si rinviene nel divieto di costituire una relazione matrimoniale di fatto *same-sex* in seguito all'intervenuta modifica dei caratteri sessuali di uno dei coniugi. Ciò è ancora più significativo in un ordinamento che, com'è noto, ai sensi dell'art. 6 (I) del *Grundgesetz* (GG), stabilisce: «Il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale»²⁴.

Ciò nonostante, il *BVerfG* non ha mancato di evidenziare che il requisito dell'eterosessualità condiziona innanzitutto il legittimo diritto all'autodeterminazione da parte del transessuale circa la scelta del sesso che ritiene più conforme al proprio sentire psichico. La norma legislativa all'attenzione del giudice costituzionale poneva l'interessata dinanzi ad un'alternativa conflittuale, giacché doveva «decidersi o per il riconoscimento giuridico della sua identità sessuale o per il mantenimento del matrimonio»²⁵. L'eventuale scelta a favore della modifica del sesso imponeva il coattivo e preventivo scioglimento del vincolo coniugale, per di più contravvenendo alla caratteristica strutturale del matrimonio come comunione duratura di vita e di responsabilità²⁶.

dei coniugi, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 dicembre 2012, 16 s.

24 A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, Milano, 2013, 176, non manca di sottolineare come «il *Grundgesetz* (art. 6, co. 1) si riferisce espressamente al matrimonio tra persone di sesso diverso». A tal riguardo, A. SANDERS, *Matrimonio, unione civile tra persone dello stesso sesso e Costituzione tedesca*, in <http://www.articolo29.it>, 7 maggio 2015, 5 e 28, evidenzia che «secondo la costante giurisprudenza della BVG, il matrimonio secondo la lettera dell'Articolo 6 è l'unione [...] di un uomo e di una donna relativamente a tutti gli aspetti della vita in comune».

25 *BVerfG*, 1 BvL 10/05, 27 maggio 2008 (65).

26 Sul punto cfr. F. SAITTO, *Famiglia, rettificazione di sesso e principio di autodeterminazione alla prova dello scioglimento ex lege del matrimonio*, in *GenIUS*, n. 1, 2014, 77, per il quale «non può passare inosservato che nell'ordinanza del *BVerfG* del 2008 abbia avuto un peso decisivo il concetto di *Verantwortungsgemeinschaft* (comunità di responsabilità) scaturente dal matrimonio e capace di prevalere sulla rigidità della garanzia di istituto»; difatti, sempre secondo quest'A., la comunità di responsabilità tra i coniugi si pone «come il vero nucleo del rapporto matrimoniale tanto da poter prevalere anche sulla diversità di sesso dei coniugi» (in particolare, p. 73); v. anche S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, cit., 178 s. A. SANDERS, *Matrimonio, unione civile tra persone dello stesso sesso e Costituzione tedesca*, cit., 9, precisa ancora ulteriormente che secondo il *BVerfG* «il matrimonio [...] deve essere inteso e accettato da entrambi i partner come un rapporto duraturo, pensato idealmente per durare tutta la vita», per cui non è possibile immaginare *ab initio* l'istituto matrimoniale come limitato in quanto costituzionalmente illegittimo.

Si aggiunga poi il nocumento che ne sarebbe potuto derivare pure per l'altro coniuge. Anche questi, infatti, si trovava dinanzi ad una decisione conflittuale, poiché o avrebbe potuto condividere – come è avvenuto – la decisione di continuare nel rapporto di coniugio, ma con la descritta conseguenza del mancato riconoscimento al proprio partner dell'identità sessuale, oppure avrebbe potuto approvare la scelta obbligata del coniuge a separarsi quale presupposto indispensabile per ottenere dal magistrato la rettifica anagrafica del sesso²⁷.

Alla luce di ciò il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato costituzionalmente illegittima la condizione del celibato (o nubilato), dal momento che quest'ultima crea nella persona interessata una situazione inestricabile di conflitto interiore, per cui il riconoscimento di un diritto fondamentale, come quello all'identità sessuale, comporta il sacrificio dello scioglimento del matrimonio²⁸. Si verifica, cioè, un bilanciamento irragionevole a favore dell'interesse statale al mantenimento del modello eterosessuale del matrimonio rispetto all'interesse della coppia alla conservazione del vincolo coniugale e di tutti i diritti maturati *medio tempore*²⁹. In questo modo verrebbero ad essere violati, oltre all'art. 6 (I) del *Grundgesetz* sotto il profilo dell'interrotto rapporto matrimoniale, anche gli artt. 1 (I) e 2 (I) GG – a tutela della dignità dell'uomo e del «diritto al libero sviluppo della propria personalità» – dal cui combinato disposto la stessa Corte di *Karlsruhe* ha riconosciuto il diritto all'identità sessuale, che nell'ipotesi *de qua* subirebbe un'eccessiva limitazione³⁰.

Dinanzi ad una situazione di questo tipo il Tribunale costituzionale federale propone al legislatore due diverse soluzioni, poiché – su precisazione dello stesso giudice delle leggi – è compito del Parlamento decidere come

27 *BVerfG*, 1 BvL 10/05 (61c).

28 Su quest'aspetto del dettato legislativo v. H. LILIE, *Das Phänomen Transsexualismus*, in *Schriftenreihe Medizin-Ethik-Recht*, Band 16, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 2010, 17, oltre che sul sito web <http://wcms.itz.uni-halle.de/download.php?down=15839&elem=2334274>; F. BILOTTA, *Transsessualismo (voce)*, cit., 766, evidenzia come nella fattispecie emergano due diritti – quello al matrimonio e quello all'identità sessuale – che godono della stessa rilevanza costituzionale in quanto diritti fondamentali.

29 *BVerfG*, 1 BvL 10/05 (49c). Cfr. anche G. VIGGIANI, *L'uso della comparazione come metodologia interpretativa nell'ordinanza di remissione n. 14329/2013 della Suprema Corte di cassazione: similarità e differenze tra il caso italiano e i casi stranieri*, cit., 118.

30 Il richiamo è al *BVerfG*, 11 ottobre 1978, per il quale si rinvia alla precedente nota 21.

risolvere il problema di incostituzionalità³¹. Nel caso in cui si volesse confermare il divieto alla prosecuzione del rapporto matrimoniale, senza pertanto intervenire sui modelli familiari, il Parlamento dovrebbe garantire a questo tipo di coppie la conversione del matrimonio in «una unione di vita sui generis disciplinata dalla legge»³², in cui rimangano inalterati i diritti e doveri del vincolo coniugale; non dovrebbe cioè determinarsi nel nuovo *status* giuridico della coppia alcuna *deminutio* rispetto alla precedente fase della vita matrimoniale. Accanto a questa soluzione, il *BVerfG* ne prospetta un'altra di tenore diverso. In ragione del numero esiguo di transessuali sposati che mutano la propria identità sessuale e che decidono unitamente al proprio coniuge di proseguire nel matrimonio, il legislatore potrebbe in via eccezionale anche preservare il vincolo coniugale senza alcuna sua interruzione, proprio per la particolarità di questa fattispecie³³.

Probabilmente, questa seconda soluzione è stata prospettata dal *Bundesverfassungsgericht* in quanto il diritto fondamentale al centro dell'intera questione è quello all'identità sessuale, piuttosto che quello all'orientamento sessuale, per cui «è stato [...] 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»³⁴. In questo caso l'applicazione del diritto all'identità sessuale non consente l'assimilazione della fattispecie a quella di una coppia originariamente *same-sex*, escludendo così la violazione del principio eterosessuale del matrimonio. La possibilità di prosecuzione del vincolo matrimoniale contraddistingue perciò la decisione del *BVerfG*, segnandone

31 Cfr. G. VIGGIANI, *ult. op. cit.*, 118.

32 *BVerfG*, 1 BvL 10/05 (71). Sul «bilanciamento tra l'esigenza di circoscrivere il matrimonio a soggetti di sesso differente e la necessità di garantire massimamente l'esercizio dei diritti fondamentali e l'autodeterminazione» da parte del transessuale, cfr. G. PALMERI, *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali. Profili di diritto di famiglia*, in *GenIUS*, n. 1, 2014, 47.

33 *BVerfG*, 1 BvL 10/05 (72). Anche S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, cit., 179, sottolinea come, «ad avviso della Corte, la prosecuzione del matrimonio di persone transessuali [...] tocca il principio della diversità di sesso soltanto in modo marginale. L'esperienza dimostra, infatti, che la problematica concerne un numero estremamente ridotto di persone transessuali»; perciò, per F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, cit., 2, il Tribunale costituzionale tedesco «non avrebbe aperto la strada al matrimonio tra due persone dello stesso sesso, ma solo ammesso un'«eccezione» al principio dell'eterosessualità del matrimonio».

34 È la tesi di M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, cit., 19.

la differenza con la sentenza della nostra Corte costituzionale, ma anche con un'ulteriore decisione della Corte EDU che si è trovata ad esaminare un caso analogo finlandese.

3. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affrontato – prima con un giudicato della quarta sezione e poi con la decisione finale di conferma della *Grand Chamber* – un caso (*H. c. Finlandia*) verificatosi in Finlandia, i cui contorni si avvicinano alle fattispecie esaminate dalle Corti costituzionali italiana e tedesca³⁵.

L'interessato, da principio di sesso maschile, si è regolarmente sposato nel 1996 ed è divenuto padre nell'anno 2002. Egli, però, avvertiva da tempo un disagio di identità sessuale per cui procedeva al cambiamento del nome (2006), per poi sottoporsi ad intervento chirurgico (2009) teso alla trasformazione della propria identità in senso femminile. Ciò nonostante, a norma del *The Gender confirmation of transsexual individuals Act*³⁶, la donna transessuale non aveva soddisfatto tutte le condizioni necessarie per ottenere dalle autorità di quel Paese la rettifica anagrafica del proprio sesso. Difatti, come nell'ipotesi del *Transsexuellengesetz* tedesco, anche in Finlandia la legislazione richiede (§ 1 n. 3) quale ulteriore presupposto il celibato (o nubilato) della persona transessuale, in quanto l'ordinamento riconosce la possibilità di unirsi in matrimonio solo a persone di sesso diverso, mentre per i vincoli *same-sex* sono previste le unioni civili. L'interessata, pertanto, avrebbe dovuto optare in via preventiva per lo scioglimento del proprio vincolo coniugale, oppure – a differenza questa volta dal caso tedesco – avrebbe potuto procedere alla conversione del matrimonio in un'unione civile registrata, sempre che vi fosse stato il necessario consenso dell'altro coniuge pure di sesso femminile.

Questi aveva comunque condiviso il percorso di mutamento del sesso della propria partner transessuale, per cui la coppia, essendo rimasta unita nel vincolo affettivo, non aveva optato per la soluzione del divorzio, né

35 La decisione della Corte di Strasburgo, quarta sezione, 13 novembre 2012, è stata pubblicata in *GenUS*, n. 1, 2014, 176 ss.; quella della Grande Camera, 16 luglio 2014, può essere invece consultata sul sito <http://www.articolo29.it/2014>. Si tenga conto che anche la nostra Corte di cassazione, a conforto del proprio dubbio di costituzionalità, si richiama alla pronuncia della Corte di Strasburgo, naturalmente quella del 13 novembre 2012; in proposito F. BILOTTA, *Transsessualismo (voce)*, cit., 766, evidenzia l'enfasi da parte dell'ordinanza di rinvio sul carattere precettivo della CEDU. Come precedente giurisprudenziale v. Corte EDU, 28 novembre 2006, ricorso n. 42971/05, *Parry c. Regno Unito*.

36 Legge finlandese n. 563, 28 giugno 2002.

tantomeno aveva proceduto alla conversione del vincolo coniugale in un'unione civile, desiderando perpetuare anche per ragioni religiose un rapporto di tipo matrimoniale³⁷. Naturalmente, tale decisione ha posto la coppia fuori dal dettato normativo finlandese circa la relazione matrimoniale di tipo eterosessuale, costringendola ad adire la Corte EDU dopo aver esperito negativamente i rimedi giurisdizionali interni.

Il giudice di Strasburgo si è trovato ad esaminare la fattispecie alla luce degli artt. 8, 12 e 14 della CEDU, a tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare, del diritto al matrimonio e del divieto di discriminazione. A tal riguardo, richiamando il giudicato del *Bundesverfassungsgericht* prima illustrato, la ricorrente non ha mancato di sottolineare in relazione a quella vicenda processuale come pure l'ordinamento finlandese costringa la persona transessuale ad una scelta dicotomica tra due diritti egualmente fondamentali, cioè il diritto all'autodeterminazione sessuale e il diritto al matrimonio³⁸. L'obiettivo non vuole essere quello di estendere i diritti matrimoniali ad una coppia omosessuale, ma unicamente quello di preservare il vincolo coniugale già esistente, anche a tutela del rapporto genitoriale con il proprio figlio³⁹.

La Corte EDU in entrambe le decisioni è stata di contrario avviso, in quanto ha sostenuto che la legislazione del Paese scandinavo non ha violato

37 Corte EDU, 16 luglio 2014, ricorso n. 37359/09, *H. c. Finlandia*, par. 15.

38 In proposito, F.R. AMMATURO, *Il "divorzio imposto" per le persone transgender nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo: i profili socio-giuridici* di H. c. Finlandia, in *GenIUS*, n. 1, 2014, 110, ricorda come la Corte EDU, già nella decisione della quarta sezione, aveva considerato i due diritti in questione come alternativi, per evitare «un matrimonio tra persone dello stesso sesso non ammesso dalla legge finlandese». Perciò, «nella richiesta alla Grande Camera, viene contestato da parte dei legali della ricorrente, l'approccio restrittivo della Corte, poiché essa sembra ignorare la legislazione in vigore in 24 stati membri del CdE che non richiedono né il divorzio, né la trasformazione del matrimonio in un altro istituto giuridico come prerequisito per il riconoscimento del cambiamento di genere effettuato da uno dei due coniugi».

39 Secondo l'interessata il proprio rapporto genitoriale con il figlio sarebbe stato modificato dalla conversione del matrimonio nell'unione registrata; difatti, ella non si sarebbe potuta porre né, ovviamente, come padre, ma nemmeno come madre «as a child could not have two mothers», v. Corte EDU, 16 luglio 2014, ricorso n. 37359/09, *H. c. Finlandia*, par. 17. Oltre a ciò la ricorrente dichiarava di voler affrontare la vita personale e familiare nel rispetto dei propri convincimenti di tipo religioso e personale, Corte EDU, *ibidem*, par. 41 e 44. Sulla descrizione dell'intera fattispecie in fatto e in diritto cfr. P. PUSTORINO, *Corte europea dei diritti dell'uomo e cambiamento di sesso: il caso Hämäläinen c. Finlandia*, 27 luglio 2014, e S. FALCETTA, *Hämäläinen c. Finland: un approccio sostanzialistico unidirezionale*, 4 agosto 2014, entrambi in www.articolo29.it/2014.

la Convenzione. La previsione normativa della conversione del matrimonio in una diversa unione affettiva, che conserva del primo gli stessi diritti e doveri, realizza a giudizio della Corte una equilibrata ponderazione tra il diritto della persona transessuale a vedersi riconosciuta la propria identità sessuale e l'interesse dello Stato finlandese al mantenimento del modello eterosessuale del vincolo matrimoniale⁴⁰. In particolare, nella sentenza della Grande Camera si evidenzia su questo tema la discrezionalità di cui godono gli Stati che aderiscono alla CEDU, in ragione della varietà delle loro legislazioni, ma soprattutto della perdurante assenza in molti di essi di una legislazione «on gender recognition»⁴¹. Pertanto, come sottolinea una parte della dottrina, «non è possibile per la Corte desumere alcun “European consensus” utilizzabile quale parametro giuridico di riferimento che limiti in modo più netto la condotta degli Stati parte. Non resta, quindi, che garantire ad essi un ampio margine di manovra»⁴².

Appare evidente come, attraverso il consenso dell'altro coniuge, la prevista conversione del matrimonio in un'unione civile segni la differenza tra la legislazione finlandese e quella tedesca, che invece offriva alla coppia già sposata il divorzio come unica soluzione. Quindi la Corte di Strasburgo non ritiene sbilanciata la legislazione a favore dell'interesse statale per il matrimonio tra persone di sesso diverso, anche perché lo stesso giudice ha potuto verificare nel caso di specie che l'applicazione della disciplina sulle unioni civili non avrebbe comportato alcuna conseguenza negativa sulla situazione giuridica della coppia⁴³.

Il fatto che la legislazione finlandese realizza il suddetto bilanciamento non spinge la Corte EDU a considerare la possibilità della prosecuzione del matrimonio, come invece ha ritenuto il Tribunale costituzionale federale tedesco in ragione del pregresso vissuto di queste coppie che le distingue dalle relazioni omosessuali *tout court*. L'assenza di un *European consen-*

40 Corte EDU, *ibidem*, parr. 87 e 88. Sulla proporzionalità del bilanciamento, tenendo conto che «in Finlandia l'istituto delle *registrerat partnerskap* [...] presenta gli stessi diritti e gli stessi doveri di quello matrimoniale», cfr. G. VIGGIANI, *L'uso della comparazione come metodologia interpretativa nell'ordinanza di rimessione n. 14329/2013 della Suprema Corte di cassazione: similarità e differenze tra il caso italiano e i casi stranieri*, cit., 119.

41 Corte EDU, *ibidem*, par. 74.

42 Cfr. P. PUSTORINO, *Corte europea dei diritti dell'uomo e cambiamento di sesso: il caso Hämäläinen c. Finlandia*, cit., il quale si sofferma altresì sul «metodo di ricostruzione del suddetto consenso europeo», nonché sui «limiti di applicazione dello strumento interpretativo in esame».

43 Il riferimento è all'approccio «sostanzialistico» richiamato da P. PUSTORINO, *ult. op. cit.*

sus su questo tipo di situazioni sembra suggerire alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo una certa cautela nelle decisioni; a suo giudizio non esiste al momento un minimo comune denominatore tra i Paesi aderenti alla CEDU circa la soluzione matrimoniale relativamente alle coppie *same-sex*, sicché – lasciando discrezionalità sul punto agli Stati – il suo principale obiettivo è quello di garantire soluzioni bilanciate nella tutela dei diritti, come appunto nel caso della trasformazione da una coppia originariamente eterosessuale ad una coppia divenuta omosessuale in seguito alla rettifica del sesso di uno dei coniugi⁴⁴.

In breve, mentre il *Transsexuellengesetz* tedesco pone al *BVerfG* la necessità costituzionale – ai sensi dell'art. 6 GG a tutela della famiglia – di garantire, eventualmente anche con la prosecuzione del matrimonio, la comunione di vita tra i coniugi a fronte del divorzio imposto, la legislazione finlandese non sollecita la medesima necessità alla Corte EDU, proprio per la previsione dell'unione civile quale rimedio già previsto nel caso di specie. Perciò, il giudice di Strasburgo può richiamarsi prevalentemente, secondo anche la sua precedente giurisprudenza, all'art. 8 CEDU che, nel garantire la vita privata, costituisce il fondamento per i diritti delle persone transessuali⁴⁵, senza l'esigenza di ricorrere all'art. 12 CEDU che riconosce il diritto al matrimonio e alla famiglia, soprattutto nel momento in cui quest'ultima disposizione è considerata incapace, sotto il profilo interpretativo, di imporre agli Stati l'obbligo giuridico del coniugio per qualunque tipo di unione⁴⁶.

44 Anche se a giudizio di F.R. AMMATURO, *Il "divorzio imposto" per le persone transgender nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo: i profili socio-giuridici* di H. c. Finlandia, cit., 110, «la priorità della Corte [...] non sembrerebbe quella di tutelare i diritti della ricorrente, quanto piuttosto quella di proteggere in astratto il matrimonio come istituzione eteronormativa». Alla luce dell'indirizzo della Corte di Strasburgo, M.M. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 3, 2012, 582, ritiene che le persone transessuali, relativamente al matrimonio, siano titolari unicamente di un diritto di accesso all'istituto, senza che vi sia al momento alcun diritto alla conservazione del vincolo di coniugio.

45 In tal senso V. S. PATTI, M.R. WILL, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Padova, 1986, 118.

46 Cfr. F. SAITTO, *Famiglia, rettificazione di sesso e principio di autodeterminazione alla prova dello scioglimento ex lege del matrimonio*, cit., 73 s., il quale richiama anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di identità sessuale; in particolare, per un'analisi di quest'ultima alla luce dell'art. 8 CEDU, cfr. A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 182 ss. Sulla differenza tra *partnership* registrata

4. La Corte costituzionale italiana, il *Bundesverfassungsgericht* e la Corte EDU nelle sentenze illustrate si sono trovati ad esaminare tre fattispecie in parte analoghe, sebbene disciplinate dai propri ordinamenti in modo differente. In primo luogo i tre casi hanno in comune la problematica di fondo, cioè si tratta di coppie originariamente di sesso diverso e regolarmente sposate, in cui però uno dei due coniugi, in costanza di matrimonio, decide di rettificare il proprio sesso di origine. Tale scelta viene condivisa dall'altro coniuge, al punto da confermare entrambi la volontà di prosecuzione del rapporto matrimoniale non essendone stato intaccato il vincolo affettivo.

Dinanzi a questa fattispecie, sicuramente inusuale per le sue caratteristiche, i tre ordinamenti esaminati, italiano, tedesco e finlandese, contrappongono il principio dell'eterosessualità del matrimonio a fronte di rapporti che sono divenuti di tipo omosessuale. Tuttavia, esiste, come già evidenziato, quello che la nostra Corte costituzionale ha chiamato il *pregresso vissuto* della coppia, rispettoso del principio della diversità di sesso all'interno del coniugio e che ne evidenzia la differenza rispetto ad un vincolo affettivo nato sin dall'inizio tra due persone con un orientamento *same-sex*. Si viene in tal modo a determinare un intreccio problematico tra il diritto all'identità sessuale e il diritto all'orientamento sessuale che gli ordinamenti presi in considerazione risolvono in modo parzialmente diverso, giustificando pertanto risposte diverse dagli organi di giustizia aditi.

In via preliminare è opportuno evidenziare che ci si trova dinanzi ad ordinamenti che – a differenza di altri, come sottolineato dalla Corte EDU – riconoscono il diritto all'identità sessuale. In particolare, mentre la legge finlandese n. 563 è del 28 giugno 2002, quindi relativamente recente, le leggi italiana e tedesca – rispettivamente la legge 164/1982 e il *Transsexuellengesetz* del 10 settembre 1980 – sono invece più datate e, dunque, se da un lato sono state antesignane, almeno in Europa, nel riconoscere il diritto all'autodeterminazione sessuale, dall'altro si presentano meno aperte in sede interpretativa alle evoluzioni sociali e culturali dei nostri tempi, come dimostrano le caducazioni da parte dei Tribunali costituzionali di questi due Paesi.

Relativamente al tema di nostro specifico interesse sembra possibile tracciare una prima linea di demarcazione tra le suddette legislazioni. Innanzitutto, vi è la legge italiana che permette di avanzare l'istanza al Tribunale per la modifica del sesso anche se il richiedente dovesse trovarsi nello

e matrimonio in ragione del valore simbolico di quest'ultimo, v. S. FALCETTA, *Hämäläinen c. Finland: un approccio sostanzialistico unidirezionale*, cit.

status giuridico di coniuge; di poi, ai sensi dell'art. 4, legge 164/1982 – almeno sino alla sua recente dichiarazione di incostituzionalità – la sentenza di riconoscimento della rettifica del sesso avrebbe provocato *ipso iure* lo scioglimento del vincolo senza offrire altra diversa soluzione ai coniugi. Né il tenore della disposizione *de qua* era mutato con la sua sostituzione da parte del d. lgs. 150/2011, art. 31, 6° comma; infatti, con la modifica si era stabilito che la stessa sentenza di rettifica del sesso «determina» – invece di «provoca» – lo scioglimento del matrimonio, per cui il giudice italiano delle leggi ne ha dichiarato comunque l'illegittimità costituzionale conseguenziale in forza della «minima influente variante lessicale»⁴⁷.

Al contrario, la legislazione tedesca, prima dell'intervento caducatorio del *BVerfG*, richiedeva quale presupposto – e non come conseguenza – che la persona transessuale fosse celibe (o nubile) al momento della richiesta di variazione anagrafica del proprio sesso, per cui se l'interessato fosse stato sposato avrebbe dovuto procedere in *via preventiva* allo scioglimento del vincolo coniugale; tale presupposto rimane invece attuale nella legislazione finlandese, poiché il transessuale gode dell'opzione alternativa della conversione del matrimonio in una unione civile⁴⁸.

In ciascuno dei tre ordinamenti, si ribadisce, è presente il principio dell'eterosessualità del coniugio che condiziona i rispettivi dettati legislativi, sicché gli organi di giustizia aditi hanno dovuto verificare il bilanciamento tra l'interesse statale «alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio»⁴⁹ e l'interesse della coppia a

47 Corte cost., sent. n. 170/2014, punto 5.8 del *Considerato in diritto*, ove non a caso si dispone che «la dichiarazione di illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, va estesa all'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011, che ha sostituito l'art. 4 della legge n. 164 del 1982, abrogato dall'art. 36 del medesimo d.lgs.».

48 Sul divorzio quale condizione piuttosto che conseguenza dell'esercizio del diritto all'identità sessuale in riferimento al diritto comparato, cfr. M. BALBONI, M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali*, cit., 16 s. In relazione a ciò G. VIGGIANI, *L'uso della comparazione come metodologia interpretativa nell'ordinanza di rimessione n. 14329/2013 della Suprema Corte di cassazione: similarità e differenze tra il caso italiano e i casi stranieri*, cit., 118, evidenzia come «nel caso italiano, il divorzio non è obbligatorio, ma è automatico, ovvero avviene indipendentemente non solo dal consenso [...] ma anche dalla richiesta della persona transessuale o del coniuge», mentre nel caso tedesco, «benché sia vero che così facendo la persona transessuale era costretta a scegliere in modo esclusivo tra il diritto all'identità personale e quello al matrimonio, e la norma era per questo censurabile, la richiesta di divorzio era comunque formalmente fatta da uno dei coniugi».

49 Corte cost., sent. n. 170/2014, punto 5.6 del *Considerato in diritto*.

proseguire il rapporto coniugale con i diritti e doveri in esso maturati. Da tale verifica sia la Corte costituzionale che il *Bundesverfassungsgericht* ne hanno ricavato un irragionevole bilanciamento a favore dello Stato e, quindi, del principio dell'eterosessualità. La legge italiana (164/1982), nel momento in cui ha fissato il divorzio quale effetto automatico della sentenza di rettifica del sesso, non ha poi offerto alcuna alternativa alla coppia con la conseguenza di cancellare quel pregresso vissuto di rapporto matrimoniale in cui si erano maturate, al contrario, situazioni giuridiche meritevoli di tutela; ci si trova, pertanto, dinanzi ad una soluzione, quella del divorzio, esclusivamente eterodiretta da parte dell'ordinamento e tale dunque da giustificare l'utilizzo del sintagma 'divorzio imposto'.

Il Tribunale costituzionale federale tedesco, dal canto suo, ha valutato come in questo tipo di situazioni sia in realtà marginale il principio dell'eterosessualità, anche in ragione del loro numero esiguo; ciò nonostante, il legislatore tedesco – proprio per salvaguardare quel principio, ma fuori da un corretto bilanciamento – ha proceduto ad una limitazione eccessiva del diritto all'identità sessuale, collocandolo nell'ambito di una scelta dicotomica con l'interesse al mantenimento del legame matrimoniale. In sostanza, il *Transsexuellengesetz*, § 8 Abs. 1 Nr. 2, ponendo l'alternativa tra scioglimento del matrimonio o rinuncia alla modifica del sesso, in realtà proponeva una possibilità di scelta solamente apparente, poiché qualunque decisione fosse stata presa dall'interessato comunque avrebbe significato una rinuncia, con la conseguente violazione del diritto all'autodeterminazione⁵⁰.

Solo la legislazione finlandese, secondo la Corte EDU, realizza un'equilibrata ponderazione tra «l'interesse dello Stato a mantenere intatti i modelli matrimoniali previsti dalla legge» e il diritto all'identità sessuale nel rispetto della vita privata e familiare dell'interessata⁵¹. Il discrimine

50 Allora *a fortiori* il rilievo della limitazione eccessiva del diritto all'identità sessuale può valere per la legge italiana che non consente alla persona interessata nessun tipo di scelta, nemmeno apparente come nel caso tedesco, una volta ottenuta la sentenza di rettifica del sesso. Del resto anche la nostra Corte costituzionale è stata sufficientemente chiara sul punto, allorché ha affermato l'esistenza dell'«interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro [...] non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere» (ancora sent. n. 170/2014, punto 5.6 del *Considerato in diritto*).

51 In proposito v. A. D'ALOIA, *Il "divorzio obbligato" del transessuale. Ancora un "incerto del mestiere di vivere" davanti alla Corte Costituzionale*, in <http://www.confronticostituzionali.eu/?p=513>, 23 luglio 2013. A. MORRONE, *Il bilanciamento*

si rinviene nell'alternativa che quest'ordinamento offre alla persona transessuale, cioè la possibilità di scegliere tra il divorzio e la conversione del matrimonio in un'unione civile che garantisce alla coppia i diritti già maturati⁵². Si tratta di una possibilità effettiva di scelta a favore della persona interessata, la quale – se ritiene compromesso il legame affettivo con il coniuge a seguito della nuova identità sessuale – potrà procedere per il suo scioglimento, altrimenti potrà perpetuare il vincolo affettivo con un istituto giuridico diverso dal matrimonio, cioè l'unione civile, sulla base anche del consenso necessario dell'altro coniuge.

Questo tipo di bilanciamento sembrerebbe alla fine salvaguardare il diritto all'autodeterminazione della coppia e in particolare del transessuale, naturalmente rispettando sempre il perimetro dell'eterosessualità; non è un caso che le Corti costituzionali italiana e tedesca propongano entrambe ai propri legislatori per l'appunto la soluzione dell'unione civile. Nell'ambito di questa indicazione, tuttavia, va rilevato come il *BVerfG* in modo più categorico si richiama ad un'unione che conservi *integralmente* i diritti acquisiti e i doveri imposti dal matrimonio, mentre la nostra Consulta, invocando la convivenza registrata, si limita a qualificarla come «un rapporto di coppia giuridicamente regolato [...] che tuteli *adeguatamente* (corsivo nostro) i diritti ed obblighi della coppia medesima»⁵³, senza alcuna ulteriore precisazione circa il grado di tutela di questi ultimi.

Come si è già sottolineato la soluzione della conversione del matrimonio in un'unione civile cerca allora di contemperare l'interesse dello Stato a mantenere inalterati i modelli familiari e l'interesse della coppia che vuole rimanere unita. Nondimeno, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha prospettato al legislatore la possibilità che il matrimonio continui nonostante il mutamento del sesso, proprio in funzione del numero estremamente ridotto di queste situazioni, e lo stesso legislatore sembrerebbe avere raccolto tale invito con la decisione di abrogare nel 2009 la condizione del celibato (o nubilato) ai fini della rettifica del sesso⁵⁴.

nello stato costituzionale, cit., 8, evidenzia come la tecnica del bilanciamento sia utilizzata anche dalla Corte di Strasburgo.

52 F. BILOTTA, *Transessualismo (voce)*, cit., 767, sottolinea come la presenza nell'ordinamento finlandese di un istituto alternativo, cioè l'unione civile (*civil partnership*), permetta di considerare legittimo lo scioglimento del matrimonio; tuttavia, precisa: «non un istituto alternativo per le coppie formate da persone dello stesso sesso, ma un istituto che dia tutele pressoché identiche al matrimonio».

53 Corte cost., sent. n. 170/2014, punto 5.7 del *Considerato in diritto*.

54 Cfr. S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, cit., 178.

Di diverso avviso pare essere la Corte costituzionale italiana quando afferma che della disposizione legislativa «non [...] è possibile la *reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con il divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.». La Consulta sembra allora escludere alla radice la possibilità – sia pure eccezionale – della prosecuzione per questo tipo di legame⁵⁵, determinandosi quel contrasto, già prima evidenziato, con la successiva e diversa decisione della Cassazione quale giudice *a quo* del caso concreto. Né naturalmente è possibile comparare quest'ultima sentenza della Corte di cassazione con quella del *BVerfG* sia per la differente natura delle due decisioni, sia per il diverso contesto giuridico in cui esse sono nate.

In realtà, l'obiettivo originario della legislazione, soprattutto italiana e tedesca, è quello di non consentire la possibilità del matrimonio per questo tipo di unioni, per il timore che ciò possa agevolare in un prossimo futuro la legittimità dei matrimoni *same-sex*⁵⁶. La stessa proposta avanzata dal *BVerfG* per la prosecuzione del matrimonio, forse, non entra in contrappo-

55 Corte cost., sent. n. 170/2014, punto 5.6 del *Considerato in diritto*. Relativamente al caso esaminato dalla Consulta, parla espressamente di eccezione B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale: la questione del divorzio imposto ex lege a seguito della rettificazione di sesso (ordinanza n. 14329/13 Corte di cassazione)*, in *GenIUS*, n. 1, 2014, 29 s., laddove sostiene: «la tutela di interessi costituzionalmente protetti di adeguata rilevanza, che il legislatore non è in grado di tutelare, rende indispensabile ammettere una eccezione alla struttura generalmente eterosessuale dell'istituto. [...] È una operazione di bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente protetti dalla regola e quelli costituzionalmente protetti dalla eccezione che deve essere delineata persuasivamente: e sono proprio il rango ed il peso degli interessi costituzionali in gioco (e in bilanciamento) che non consentono dubbi sulla *necessità* dell'eccezione».

56 Secondo F.R. AMMATURO, *Il “divorzio imposto” per le persone transgender nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo: i profili socio-giuridici di H. c. Finlandia*, cit., 110, «le valutazioni di diverse corti su matrimoni in cui uno dei contraenti sia transgender, sono caratterizzate da un'“ansia giuridica”, ovvero un timore che il riconoscimento della legittimità di tali matrimoni, funga da espediente per l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso». Per F. SAITTO, *Famiglia, rettificazione di sesso e principio di autodeterminazione alla prova dello scioglimento ex lege del matrimonio*, cit., 77, «un accoglimento della questione potrebbe [...] rappresentare il “cavallo di Troia” per introdurre, per fasi, il matrimonio tra persone dello stesso sesso in via giurisprudenziale»; sul punto v. ancora A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 127. *Contra* A. D'ALOIA, *Il “divorzio obbligato” del transessuale. Ancora un “incerto del mestiere di vivere”*

sizione con tale esigenza, se solo si consideri che ci si trova dinanzi a coppie divenute del medesimo sesso piuttosto che coppie con un orientamento originariamente omosessuale⁵⁷. In questo contesto «il richiamo alla diversità di sesso degli sposi [...] tende a spostare l'attenzione dalla persona del transessuale, già titolare di uno *status* coniugale, alla astratta legittimità del vincolo matrimoniale tra individui dello stesso sesso, creando confusione e mescolando situazioni differenti»⁵⁸. Il fatto che la coppia divenuta dello stesso sesso si sia costituita all'origine in modo conforme al modello eterosessuale, determinando un pregresso vissuto matrimoniale di piena legittimità, rappresenta uno dei fattori caratterizzanti questa fattispecie, capace di segnarne la differenza rispetto ad altre tipologie di legami affettivi che declinano un diverso diritto, quello all'orientamento sessuale.

5. Alla luce della giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca, oltre che della Corte EDU, appare chiaro come il carattere del 'pregresso vissuto' matrimoniale tipico delle coppie *divenute same-sex* sia stato ben presente nella valutazione dei giudici. Proprio in ossequio ad esso la soluzione della conversione del matrimonio nel diverso istituto dell'unione civile diventa il minimo comune denominatore che caratterizza i distinti giudicati. Quel pregresso vissuto matrimoniale consente, innanzitutto a favore della persona transessuale, la legittima espansione del diritto all'autodeterminazione, che di questa fattispecie rappresenta la situazione giuridica soggettiva principale, per cui non può essere eccessivamente limitato da altri interessi giuridicamente rilevanti, come bene dimostra la decisione del *Bundesverfassungsgericht*.

Anzi, ritornando allo specifico caso italiano, il diritto all'autodeterminazione risulta essere totalmente compromesso se la Corte costituzionale ha rilevato in sede di bilanciamento la «tutela esclusiva» dell'interesse statale per il modello eterosessuale di matrimonio. Di qui l'invito rivolto dalla Consulta al nostro legislatore affinché intervenga «con la massima solleciti-

davanti alla Corte Costituzionale, cit., per il quale «si tratta [...] di un fatto eccezionale, insuscettibile di estensioni analogiche».

57 Anche per R. ROMBOLI, *La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore*, in *GenIUS*, n. 1, 2015, 121, il *BVerfG* ha opportunamente valorizzato la specificità della fattispecie posta alla sua attenzione.

58 Così si esprime G. PALMERI, *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali. Profili di diritto di famiglia*, cit., 46. Ancora, sottolinea il valore del «matrimonio che c'era» F. BARTOLINI, *Cambiare sesso da sposati: la Consulta sul divorzio del transessuale*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, n. 2, 2014.

tudine» a disciplinare l'istituto della «convivenza registrata», così da offrire alla persona transessuale – sulla traccia dell'esperienza finlandese – la possibilità di una scelta effettiva a favore del diritto all'identità sessuale senza per questo essere obbligato al divorzio⁵⁹.

Su questo punto, però, si arriva al nodo problematico dell'esperienza italiana. Difatti, mentre gli ordinamenti tedesco e finlandese prevedono l'istituto delle unioni civili per persone del medesimo sesso, quello italiano invece presenta una ingiustificata lacuna su questa sfera dei diritti della persona umana⁶⁰. L'inerzia del Parlamento è resa ancora più grave dal perpetuarsi dell'assenza di una disciplina nonostante gli interventi di sollecito da parte della Corte costituzionale, prima con la sent. n. 138/2010 e, poi, con la Relazione del suo Presidente in occasione della Riunione straordinaria, del 12 aprile 2013, della stessa Consulta alla presenza del Capo dello Stato.

Tali sollecitazioni, da ultimo, sono state riprese dalla Corte EDU in una recentissima decisione (*Oliari e altri c. Italia*) in cui il nostro Paese è stato condannato proprio per l'assenza di ogni tutela legislativa che possa garantire alle coppie *same-sex* una relazione stabile ed esclusiva. La Corte di Strasburgo non manca di evidenziare che il comportamento omissivo del Parlamento italiano, oltre a lasciare in una situazione di incertezza giuridica le persone interessate, «è suscettibile di minare la credibilità» e di indebolire il ruolo della Corte costituzionale, i cui autorevoli appelli rimangono disattesi⁶¹.

59 B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, cit., sottolinea come la Corte costituzionale, pur invitando il Parlamento ad intervenire con «una forma alternativa di regolamentazione», ne limita la sua discrezionalità sull'«an», sul «quando» e sul «quomodo».

60 Si ricorda, come sottolineato nel presente contributo, che in relazione alle unioni civili in Germania il *BVerfG* ha sollecitato il legislatore a prevederne una tipologia specifica per le coppie divenute omosessuali. In ogni caso, sull'istituto tedesco della *Lebenspartnerschaft* cfr. F. SAITTO, «Particolare tutela» del matrimonio, principio di eguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco, in *IANUS*, n. 4, 2011, 109 ss., e *Id.*, *Il paradosso di Zenone, ovvero dell'adozione successiva per le Unioni civili al vaglio del Bundesverfassungsgericht*, in <http://www.diritticomparati.it>, 22 aprile 2013. Sulla problematica compatibilità delle unioni civili rispetto all'art. 6 GG nell'ambito dell'ordinamento tedesco v. A. SANDERS, *Matrimonio, unione civile tra persone dello stesso sesso e Costituzione tedesca*, cit., 14 ss.

61 Corte EDU, 21 luglio 2015, ricorsi riuniti n. 18766/11 e n. 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*, par. 184. Nelle sue conclusioni il giudice di Strasburgo ha ritenuto che il Governo italiano abbia «ecceduto il suo margine di apprezzamento», poiché non ha riconosciuto alcuna forma di tutela alle coppie omosessuali. L'Esecutivo «ha mancato di adempiere il suo obbligo positivo di assicurare che ai ricorrenti fosse

Di fronte a questo stato di cose ne consegue in molte occasioni l'intervento della magistratura, che – una volta adita in relazione alla sfera di doverosità legata ai diritti fondamentali – cerca di rimediare in «funzione di supplenza»⁶² al vuoto normativo rispetto alla legittima richiesta di tutela da parte delle coppie omosessuali. Com'è ben noto, il pericolo in questi casi è quello di predisporre una salvaguardia differenziata dei diritti in ragione della sensibilità dei singoli magistrati; difatti, «il legislatore tratta i diritti come un problema di politica generale, mentre i giudici li trattano affrontando un caso specifico alla volta», il che li porta ad occuparsi «“sempre di fattispecie individuali e concrete”» per le quali devono «“reperire incondizionatamente le proprie determinazioni giuridiche”»⁶³, fuori dalla prospettiva della generalità ed astrattezza nel caso di assenza di una disciplina legislativa.

Tale contesto, peraltro, può ledere anche il principio della certezza del diritto, oltre all'unitarietà dell'ordinamento a seguito dei diversi indirizzi giurisprudenziali che possono sussistere in sede di giudicato penale e di quello civile. Però, è altrettanto vero che all'interno delle coppie *same-sex* si registrano istanze stringenti di tutela relativamente a situazioni soggettive che si sono maturate e che possono trovare al momento solo nella magistratura un ragionevole accoglimento, sicché ci si affida in mancanza di una legge alla «creatività della funzione giurisdizionale», come è stato efficacemente sottolineato da una parte della dottrina⁶⁴. In proposito, sono

disponibile uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento per la tutela delle loro unioni omosessuali» (par. 185), con la conseguente violazione dell'art. 8 CEDU. Per un primo commento alla decisione cfr. L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in <http://www.articolo29.it/2015>.

62 Cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 3; v. pure la successiva nota 64. Anche la Corte EDU, *ibidem*, par. 171, evidenzia il necessario intervento del giudice per cercare di fare fronte alle esigenze di una coppia *same-sex*.

63 Cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice*, Milano, 2013, 73.

64 Il richiamo è a M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., 3 ss., il quale pone il problema della produzione del diritto da parte dei giudici: «Con terminologia un po' invecchiata, si tratta di vedere se il giudice sia un mero interprete-applicatore del diritto, oppure se partecipi egli stesso all'attività, *lato sensu*, di legislazione, ossia – e più correttamente – di creazione del diritto». Per S. PRISCO, M. MONACO, *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014, 258, il tema delle coppie di fatto, etero e omosessuali, «implica appunto la forzata supplenza del giudice [...], giacché tale organo statale non può dichiarare di non sapere o volere decidere su una questione controversa a lui sottoposta (tecnicamente, non può “opporre il *non liquet*”), se sia sollecitato

noti i temi eticamente sensibili su cui vi è un'incapacità del Parlamento ad assumersi la responsabilità della disciplina. Alla base di tale inerzia, insieme a ragioni di ordine politico – come il timore da parte delle forze parlamentari di governo che si possano costituire su queste tematiche maggioranze spurie tali da minare la stabilità dell'Esecutivo – ve ne sono anche altre di carattere istituzionale. Il nostro procedimento legislativo, ad esempio, è «divenuto particolarmente lento, intasato e pesante» e ciò accresce «il grado di creatività della funzione giudiziaria» che deve supplire a tali insufficienze ormai anacronistiche con le esigenze dei tempi⁶⁵.

Questa deprecabile assenza del legislatore sul tema delle unioni civili ha avuto, come si è visto, una immediata ricaduta sull'efficacia della stessa sent. n. 170/2014, tant'è vero che nella successiva decisione della Cassazione (sent. n. 8097/2015) si è finito per disattendere l'indirizzo del giudice costituzionale contrario al matrimonio omosessuale, proprio per salvaguardare la coppia in ragione del vuoto normativo. In realtà, la grande attenzione concentrata sulla sent. n. 170/2014 – al di là della singola fattispecie, da cui comunque non si può prescindere per ogni valutazione – si giustifica sulla base delle eventuali novità che tale giudicato avrebbe potuto apportare sul tema delle coppie omosessuali rispetto alla sentenza n. 138/2010. La nuova pronuncia sembra sostanzialmente confermativa della precedente; in quest'ultima (sent. n. 138/2010) il giudice delle leggi, attraverso una decisione di rigetto con monito, si era espresso nel senso di escludere l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie *same-sex* sia richiamando – forse in modo discutibile⁶⁶ – la nozione del codice civile del 1942 che «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere

da istanze di riconoscimento dei diritti in funzione antidiscriminatoria». Ancora evidenzia il ruolo di supplenza della magistratura sul tema *de qua* F. MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali*, Napoli, 2013, 89 ss.

65 Sul punto di nuovo cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., 118. Secondo S. PRISCO, *Una nuova problematica frontiera dell'eguaglianza*, in F. Corbisiero (a cura di), *Comunità omosessuali – Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 2013, 70, è possibile che «la riluttanza e la neghittosità dei decisori politici sia il frutto di una strategia adottata per minimizzare i costi elettorali (comunque notevoli) del complesso dei problemi sul tappeto: rovesciare sulla sede tecnica, apparentemente neutrale, il peso di sciogliere nodi in un modo che – comunque vada a finire la vicenda – scontrerà una certa dose di impopolarità, salvando l'irresponsabilità politica dei rappresentanti eletti».

66 Difatti, F. MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali*, cit., 13, non manca di sottolineare che «se [...] i Costituenti possono essere stati in qualche modo influenzati da quanto stabilito in materia di matrimonio dalle norme del codice civile, non può ritenersi, in generale, ammissibile che fonti primarie possano in qualche modo vincolare e cristallizzare i precetti contenuti nella Carta costituzionale».

persone di sesso diverso», sia evidenziando il valore dell'interpretazione sistematica con riferimento all'art. 29, 2° comma, Cost., e all'art. 30 Cost.⁶⁷ Per ciò che concerne il 2° comma dell'art. 29, che sostiene il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, si è avuto «riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale», così come «non è casuale [...] che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30)», ad ulteriore conferma secondo il giudice delle leggi del carattere eterosessuale del vincolo coniugale⁶⁸.

Nello stesso giudicato, in nome dell'interpretazione evolutiva, si esprime la consapevolezza da parte della Corte che i concetti di matrimonio e di famiglia non sono staticamente fermi al periodo di entrata in vigore della Carta fondamentale, ma piuttosto «sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali», per cui devono essere interpretati in modo organico all'evoluzione dell'ordinamento, della società e dei costumi. Ciò nonostante, la Consulta precisa che «detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»⁶⁹. In breve, nella sent. n. 138/2010 è stata accertata una 'incapienza' interpretativa dell'art. 29 Cost. che esclude

67 In una prospettiva comparata tra le due sent. n. 170/2014 e n. 138/2010, per A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, cit., 3, «l'additiva di principio può tutt'al più esprimere una carica di *persuasività* maggiore di quella racchiusa in una decisione di rigetto con monito: nei fatti, però, il quadro normativo di risulta non muta». Su quest'argomento cfr. pure P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 luglio 2014.

68 Corte cost., sent. n. 138/2010, punto 9 del *Considerato in diritto*. Sulla tipologia di interpretazione utilizzata dal giudice delle leggi, originalista, storicista e sistematica, cfr. F. MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali*, cit., 21 ss., oltre a B. PEZZINI, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, in *GenIUS*, n. 2, 2014, 17 ss. Per un richiamo agli artt. 29 e 30 Cost., che «riservano l'istituto del matrimonio all'unione dell'uomo e della donna», v. P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, cit., 13.

69 Corte cost., sent. n. 138/2010, punto 9 del *Considerato in diritto*.

il matrimonio omosessuale, poiché ciò sarebbe «debordante rispetto alle potenzialità espressive del testo»⁷⁰.

Queste indicazioni trovano ora una conferma, forse ancora più decisa, in taluni passaggi argomentativi della nuova sentenza del 2014. Invero, la Consulta ribadisce, rispetto a quanto sostenuto nella sent. n. 138/2010, che una persona transessuale può formare una famiglia «contraendo nuovo matrimonio con persona di *sex* diverso (corsivo nostro) da quello da lui (o lei) acquisito per rettifica»⁷¹; ma soprattutto, secondo quanto già citato, la Corte non ritiene possibile intervenire con una pronuncia manipolativa, sostituendo il divorzio automatico con quello su istanza di parte, «poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.»⁷². In definitiva, il giudice delle leggi è tanto convinto del principio dell'eterosessualità del matrimonio, ai sensi dell'art. 29 Cost., da escludere – pare anche in via di eccezione – la possibilità della prosecuzione del matrimonio per la coppia che è divenuta *same-sex*; ciò è sostenuto dalla Consulta nonostante riconosca che questa particolare tipologia di coppia «sia riconducibile a quella categoria di situazioni “specifiche” e “particolari” di coppie dello stesso sesso» per le quali è necessario un intervento sotto il profilo del «controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore»⁷³.

Sono note le obiezioni di una parte autorevole della dottrina sulla inclusione del paradigma eterosessuale all'interno dell'art. 29, 1° comma, Cost., che potrebbe essere superato anche per via legislativa modificando la disciplina codicistica che per l'appunto incorpora, a giudizio della Consulta, quel paradigma nella disposizione costituzionale⁷⁴. Rimarrebbe però

70 Cfr. A. RUGGERI, “Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?, in *Rivista AIC*, n. 4, 2011, 10.

71 Corte cost., sent. n. 170/2014, punto 5.2 del *Considerato in diritto*. Anche a giudizio di P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, cit., 3 s., tale ultima sentenza, rispetto al precedente giudicato n. 138/2010, «sembra inclinare in un senso decisamente più preciso (oltre che conservatore e tradizionalista) l'assunto a suo tempo espresso: per la Consulta, il matrimonio ex art. 29 Cost. pare dover essere solo e soltanto eterosessuale». L'A., a conferma di ciò, richiama anche il passo da ultimo citato della sent. n. 170/2014 (in particolare p. 6).

72 Corte cost., sent. n. 170/2014, punto 5.6 del *Considerato in diritto*.

73 Corte cost., *ibidem*.

74 Il richiamo è a quanto sostenuto da B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, 4 ss. Per una critica al

in piedi il problema dell'interpretazione sistematica, soprattutto dell'art. 29, 2° comma, Cost., che sembra avere un senso compiuto solo in relazione a un matrimonio tra persone di sesso diverso, giustificando l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi al suo interno⁷⁵.

Ancora ai fini della contestazione del carattere eterosessuale del matrimonio, non può essere omissis il richiamo agli artt. 8 e 12 CEDU, ma soprattutto all'art. 9 della Carta di Nizza, sia per la collocazione gerarchica di quest'ultimo rispetto alle norme interne dopo l'integrazione della Carta nel Trattato di Lisbona, sia per la sua formulazione più neutra – rispetto all'art.

carattere della eterosessualità del legame coniugale, cfr. anche A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 febbraio 2008, 13 ss. Secondo G. BRUNELLI, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, in *GenUS*, n. 2, 2014, 6, innanzitutto «l'esclusione delle persone omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio si configura come una *discriminazione* vietata ai sensi dell'art. 3, comma primo Cost. [...] Nell'interpretazione delle norme costituzionali rilevanti in materia, vi è una prevalenza logica di tale disposizione sull'art. 29», per cui l'A. manifesta delusione anche per la sent. n. 170/2014 tenendo conto del mancato rilievo che è stato riservato all'art. 3 Cost. (in particolare, p. 11).

- 75 Circa il secondo comma, art. 29 Cost., a giudizio di A. D'ALOIA, *Le coppie omosessuali e lo "schema" costituzionale della famiglia e del matrimonio*, in S. Prisco (a cura di), *Amore che vieni, amore che vai...*, Napoli, 2012, 12, non si può «accantonare quella parte della norma che parla di uguaglianza giuridica e morale dei coniugi, che parla di garanzia dell'unità familiare. Sono passaggi della norma costituzionale che hanno un senso all'interno del paradigma eterosessuale, altrimenti sono un'inutile e perciò disattiva conseguenza dell'articolo 3 della Cost.». Relativamente all'art. 30 Cost., sempre sotto il profilo dell'interpretazione sistematica, si obietta che «la finalità procreativa» non deve considerarsi un elemento essenziale del matrimonio né sotto il profilo costituzionale, né sotto quello civile, come evidenzia B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, cit., 7 s.; pur condividendo di base questo indirizzo, tuttavia il primo comma dell'art. 30 Cost. – nella parte relativa ai «figli, anche se nati (corsivo nostro) fuori dal matrimonio» – recupera *a contrario* il concetto di figli nati all'interno del coniugio, richiamandosi pertanto al carattere eterosessuale del rapporto senza che per questo il profilo procreativo ne diventi un elemento essenziale. Con riguardo ancora all'art. 30 Cost., per M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, 18, «la sostanza di quella disciplina dimostra invece come la filiazione basata sul matrimonio rappresenti per la Costituzione il modello della filiazione in generale. La pari dignità dei figli naturali consiste infatti nel "diritto ad avere un padre e una madre" come lo hanno i figli legittimi, ovvero nell'assoggettamento della filiazione naturale alla stessa regola di bigenitorialità normalmente presupposta da quella legittima».

12 CEDU che richiama il genere uomo/donna – poiché sancisce unicamente «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia» senza alcun riferimento al profilo sessuale. Su questo punto la nostra Corte costituzionale ha sottolineato come lo stesso art. 9, nella sua completa formulazione, rinvii comunque alle legislazioni nazionali per la disciplina di quel diritto, rimettendosi alla fine alla scelta discrezionale dei singoli ordinamenti⁷⁶. A ciò si aggiunga poi che proprio la neutralità di tale disposizione nella sua formulazione, nel senso di non vietare né tantomeno imporre un tipo di matrimonio, rende per ciò stesso difficile ‘piegare’ in modo favorevole l’art. 9 tanto verso la tesi della legittimazione del matrimonio *same-sex*, quanto verso l’indirizzo del divieto per tale tipo di unione, soprattutto alla luce di un dibattito dottrinario quanto mai controverso su questo specifico aspetto⁷⁷.

76 Corte cost., sent. n. 138/2010, punto 10 del *Considerato in diritto*; la discrezionalità del legislatore nazionale è bene evidenziata da A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 35 s.

L’art. 9 della Carta di Nizza testualmente recita: «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio», mentre l’art. 12 CEDU proclama: «A partire dall’età minima per contrarre matrimonio, l’uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l’esercizio di tale diritto».

77 La stessa sentenza n. 138/2010, *ibidem*, richiama sulla Carta dei diritti fondamentali «le spiegazioni [...] elaborate sotto l’autorità del praesidium della Convenzione che l’aveva redatta», secondo le quali l’art. 9 «non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso». Per una lettura dell’art. 9 della Carta dei diritti che «legittima il superamento del paradigma eterosessuale» v. ancora B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, cit., 8 s.; *contra* e in modo conforme alla decisione della Consulta v. A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Catania 7-8 giugno 2013, «*La famiglia davanti ai suoi giudici*», 8 ss. Per G. BRUNELLI, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, cit., 10, sarebbe opportuna – ai fini del matrimonio tra due persone dello stesso sesso – una sentenza manipolativa tesa ad evidenziare «norme e frammenti di norme, la cui presenza non era, per l’innanzi, ‘avvertita’ nell’ordinamento, pur essendo in realtà già implicata nel sistema e ricavabile in via interpretativa dalle disposizioni costituzionali. Nel caso di specie, il riferimento è, come si è detto, alla *dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza*, in combinazione con il *diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, cui deve aggiungersi il *principio di tutela delle minoranze*». Come si è rilevato già nel testo circa gli artt. 8 e 12 CEDU, la Consulta – questa volta nella sent. n. 170/2014 – dichiara non pertinente il loro richiamo, poiché la Corte EDU evidenzia la discrezionalità degli Stati nazionali,

Dinanzi a tale contesto sembra allora doverosa – oltre che opportuna in ragione delle diversità degli indirizzi interpretativi – la scelta per la revisione dell'art. 29 Cost., qualora si volesse estendere il matrimonio anche alle coppie *same-sex*. Si tratterebbe del percorso più sicuro, poiché, a seguito del procedimento di cui all'art. 138 Cost. non vi sarebbe più alcuno spazio per ambiguità interpretative, oltre ad aversi l'opportunità, come è stato sottolineato in dottrina, di un ampio dibattito pubblico, cui potrebbe seguire eventualmente anche la consultazione popolare⁷⁸. In realtà, pure se a seguito di aspri confronti tra posizioni etiche differenti, potrebbe risultare questa l'occasione per una maturazione di indirizzi all'interno della società italiana, che siano il più possibile condivisi su aspetti peraltro complessi e problematici del biodiritto.

A seguito delle ragioni finora espresse, sembrerebbe che l'istituto della *convivenza registrata* indicato dalla sent. n. 170/2014 possa essere quello di più agevole e rapida realizzazione, a condizione di incalzare in modo ancora più sollecito il Parlamento su un tema legato ai diritti fondamentali, come ha fatto ultimamente la Corte EDU⁷⁹. Questo nuovo (almeno

in mancanza di un loro *consensus*, sulla tutela da riservare alle coppie omosessuali. Per il nostro giudice delle leggi «la stessa sentenza della Corte EDU *Schalk and Kopf contro Austria*, [...] nel ritenere possibile una interpretazione estensiva dell'art. 12 della CEDU nel senso della riferibilità del diritto di contrarre matrimonio anche alle coppie omosessuali, chiarisce come non derivi da una siffatta interpretazione una norma impositiva, di una tale estensione, per gli Stati membri» (sent. n. 170/2014, punto 5.3 del *Considerato in diritto*). Per una posizione tesa a «riconoscere al matrimonio *same-sex* celebrato all'estero almeno determinati specifici effetti analoghi a quelli di un matrimonio riconosciuto, in applicazione degli artt. 2 e 3 Cost.», v. Corte di cass., sent. n. 4184/2012, su cui cfr. B. PEZZINI, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, cit., 19.

78 Il richiamo è alla tesi espressa da A. SPADARO, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, cit., 15 s., il quale evidenzia «l'inevitabile discussione pubblica connessa alla procedura di revisione costituzionale», «la rilevanza della stessa procedura» e la «solennità dell'eventuale riconoscimento». Si esprime in senso favorevole alla revisione costituzionale anche A. RUGGERI, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, cit., 10.

79 P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, cit., 16, anticipando la decisione del 21 luglio 2015, ricorda che la Corte EDU «potrà [...] condannare l'Italia per le sue eventuali (e quasi scontate) inadempienze in materia: specie dopo quanto sancito nella sentenza in commento». Non di meno, R. BIN, *A discrezione del giudice*,

per l'ordinamento italiano) istituito dovrebbe venire incontro alle esigenze delle coppie omosessuali e, per la loro specificità, a quelle delle coppie divenute *same-sex* dopo una scelta di rettifica del sesso di uno dei coniugi. Anche alla luce delle recentissime indicazioni della Cassazione, la convivenza registrata dovrebbe garantire sostanzialmente alla coppia gli stessi diritti e doveri di una relazione matrimoniale, come i diritti pensionistici, ereditari, di assistenza, ecc.⁸⁰ Solo sulla genitorialità delle coppie originariamente omosessuali si ritiene per il momento opportuno un atteggiamento di precauzionale cautela, che naturalmente non si giustifica sulla capacità affettiva di queste coppie, certamente pari – se non talvolta superiore – alle altre, ma che nasce dall'«insufficienza dei dati e delle analisi scientifiche a disposizione» sulla formazione psicologica del minore, oltre che da una 'maturità sociale' – ancora da verificare – capace di accogliere tale tipo di genitorialità alla stessa stregua di quella eterosessuale⁸¹. Si

cit., 79, sottolinea, in termini generali, che se il sistema istituzionale funzionasse correttamente, a seguito di una dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge, si dovrebbe attivare «immediatamente [...] il procedimento legislativo per una rapida riforma della legge stessa». Scettica sul riconoscimento delle unioni omosessuali si dimostra B. PEZZINI, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, cit., 18, poiché si tratta di una incapacità che «non sembrerebbe riconducibile alle contingenze della politica, suscettibili di rapidi mutamenti, ma appartenente ad un dato strutturale del sistema politico italiano [...] in cui la trattazione di temi ad alto tasso di “trasversalità”, come tutte le questioni di *genere*, sembra inevitabilmente destinata a fallire».

80 Secondo la Corte di cassazione, sent. n. 2400/2015, l'unione omo-affettiva «può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali». Sulla deprecabile mancanza di diritti per le coppie omosessuali cfr. A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, cit., 15.

81 Cfr. M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, cit., 24 s. Eguali perplessità a quelle espresse nel testo sono manifestate da S. PRISCO, *Una nuova problematica frontiera dell'eguaglianza*, cit., 68 s., da A. D'ALOIA, *Le coppie omosessuali e lo “schema” costituzionale della famiglia e del matrimonio*, cit., 17 s. e da A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, cit., 14 s. Relativamente al caso della nascita all'interno di un legame *same-sex*, è recente un decreto della Corte d'Appello di Torino, 29 ottobre 2014, che ha ordinato la trascrizione del certificato di nascita di un bambino nato in Spagna da una coppia di donne, cfr. M. GATTUSO, *Minore nato da due donne in Spagna: l'atto di nascita può essere trascritto in Italia*, in <http://www.articolo29.it/2015>, 7 gennaio 2015.

chiede cioè un atteggiamento di ragionevole equilibrio, in funzione delle conoscenze sinora acquisite, senza cadere in alcuna forma di intollerabile discriminazione.

È evidente che tale esigenza significherebbe una limitazione, unicamente su questo punto, per il diritto all'autodeterminazione della coppia *same-sex*. In proposito, si avanza la tesi di una 'autodeterminazione mite' che possa contemperarsi con altri principi e diritti all'interno di un ordinamento costituzionale; in particolare, nel caso di specie dovrebbe al momento privilegiarsi l'interesse del soggetto più debole, cioè il minore, relativamente alla delicata fase di formazione della sua personalità⁸².

Di recente, peraltro, la Corte costituzionale ha ribadito la necessità di una declinazione dei diritti fondamentali in termini non assoluti, così da consentire il bilanciamento nell'ipotesi di un loro contrasto, come è avvenuto ad esempio nel caso delle acciaierie ILVA di Taranto dove si sono contrapposti il diritto alla salute e all'ambiente a fronte del diritto al lavoro e della libertà di iniziativa economica: «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi» (Corte cost., sent. n. 85/2013, punto 9 del *Considerato in diritto*)⁸³. Proprio la negazione dell'espansione illimitata dei diritti evita – come sottolinea ancora la Consulta – che un diritto divenga «“tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette», in modo da permettere una tutela «sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”»⁸⁴.

82 Si aderisce alla nota tesi di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 11 ss., secondo cui: «Se volessimo [...] indicare il senso di questo carattere essenziale del diritto degli Stati costituzionali odierni, potremmo forse usare l'immagine della mitezza. La coesistenza di valori e principi, sulla quale, necessariamente, una costituzione oggi si deve fondare per poter rendersi non rinunciataria rispetto alle sue prestazioni di unità e integrazione e, al contempo, non incompatibile con la sua base materiale pluralista, richiede che ciascuno di tali valori e tali principi sia assunto in una valenza non assoluta, compatibile con quelli con i quali deve convivere».

83 Sul tema del bilanciamento v. O. CHESSA, *Principi, valori e interessi nel ragionevole bilanciamento dei diritti*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 207 ss.

84 Corte cost., *ibidem*. Sulla sentenza relativa al caso ILVA quale decisione in cui «la Corte ha avuto modo di esplicitare il carattere non assoluto dei diritti fondamentali da cui scaturisce l'esigenza del bilanciamento», cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola,

L'atteggiamento di cautela sul tema della omogenitorialità sembrerebbe rappresentare un punto di equilibrio teso alla tutela del soggetto debole qual è il minore, senza procurare dall'altro lato un irragionevole sacrificio all'autodeterminazione dei membri di una coppia omosessuale, i quali potrebbero vedere comunque salvaguardato – anche in questo caso in ragione del pregresso vissuto – l'affidamento dei propri figli nati da precedenti unioni eterosessuali, secondo le indicazioni già fornite da una parte della giurisprudenza⁸⁵. Questa posizione di cautela dovrebbe poi considerarsi aperta ad ogni futura risoluzione, sia nella direzione del definitivo riconoscimento della genitorialità per le coppie *same-sex* sia nel suo contrario, non appena vi saranno evidenze scientifiche sufficienti e chiare su questo complesso profilo problematico⁸⁶. Naturalmente, ciò sarà possibile poiché

Roma – Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf, 9 ss.

85 In tema di affidamento di un minore ad uno dei genitori biologici, il quale ha successivamente optato per una convivenza di tipo omosessuale, la Corte di cassazione (sent. n. 601/2013, prima sez. civile) ha qualificato come «mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale», a meno di diversa dimostrazione. Allo stesso modo, secondo il Tribunale di Nicosia, ordinanza del 14 dicembre 2010, la relazione omosessuale di uno dei genitori «non costituisce ostacolo all'affidamento condiviso dei minori». Perciò, le perplessità espresse nel testo riguardano fondamentalmente le ipotesi di adozione di bambini e di procreazione medicalmente assistita da parte di una coppia *same-sex*. Sull'adozione coparentale a favore di una coppia omosessuale v. Corte EDU, 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *X ed Altri c. Austria*; le diverse decisioni citate possono rinvenirsi in <http://www.articolo29.it/genitori-2>.

86 Per A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 62 s., in sede di «ragionevolezza scientifica», «le evidenze scientifiche costituiscono un limite alla libertà della politica legislativa, nel senso che l'atto normativo deve tenere conto dei dati scientifici e adottare regole che si appoggino su quei dati». In tema di omogenitorialità V. CIGOLI, E. SCABINI, *Sacro e tragico familiare: il caso delle omogenitorialità*, in *Quaderni degli argonauti*, n. 27, 2014, 30, evidenziano come problema «il transfert rischioso di “vuoto di sapere” e di “precarietà delle origini”» che può caratterizzare i figli all'interno delle coppie omogenee. È significativo, peraltro, quanto sostiene S. ARGENTIERI, *Nuove genitorialità*, in *ult. op. cit.*, 53, per la quale uno dei compiti fondamentali dei genitori, di qualunque orientamento sessuale, è quello di accompagnare i figli nella conquista della loro identità di genere; e continua: «Ciò può essere più difficile, non lo nego, in una coppia di sole donne, oppure di soli uomini; ma non è impossibile». Dinanzi a questa valutazione, allora, è da chiedersi, problematicamente, se la maggiore difficoltà del minore cui allude l'A. relativamente all'acquisizione della propria identità di genere possa considerarsi bilanciata e, perciò, giustificata dalla più ampia capacità di autodeterminazione di cui godrebbe la coppia.

il punto di equilibrio tra diritti contrapposti non è mai definitivo, bensì – come ricorda ancora la Consulta – esso è «dinamico» e va valutato in ragione dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza che garantiscono il nucleo essenziale dei diritti nella prospettiva della loro reciproca inclusione⁸⁷.

Del resto, questa ‘mitezza’ nella declinazione del principio di autodeterminazione sembrerebbe osservata dalla Corte EDU nello scrutinio sulla legislazione finlandese relativamente alle coppie *divenute same-sex*. Proprio il bilanciato equilibrio tra l’interesse dello Stato alla preservazione dei modelli familiari e il diritto della persona transessuale a modificare il sesso di origine consente a quel giudice di valutare la disciplina del Paese scandinavo come rispettosa della Convenzione, laddove prevede la conversione del matrimonio in una unione civile dietro richiesta delle parti. Al contrario, la nostra Corte costituzionale, sempre in nome di un diritto mite, evidenzia un irragionevole bilanciamento nella legislazione italiana in virtù della «tutela esclusiva» riservata all’interesse statale. La caratterizzazione in termini assoluti di quest’ultimo, che esclude l’interesse della coppia, non permette di ritenerlo conforme a Costituzione, poiché ostacola il compito principale di una Carta fondamentale all’interno di uno Stato costituzionale pluralista, cioè quello dell’inclusione nel senso di integrare i principi e i diritti declinati in una visione per l’appunto mite. La convivenza registrata, allo stesso modo di quanto indicato dal *Bundesverfassungsgericht* e dalla Corte EDU, dovrebbe rappresentare anche per il nostro ordinamento il punto di equilibrio tra interessi contrapposti che non si espandono in modo assoluto.

Probabilmente, per concludere, anche la possibilità prevista dal Tribunale costituzionale federale tedesco di proseguire il matrimonio per le coppie divenute dello stesso sesso realizza una forma mite di autodeterminazione. Invero, il pregresso vissuto matrimoniale, come si è sostenuto in questo contributo, dovrebbe giustificare la maggiore espansione del principio di autodeterminazione fino ad immaginare la prosecuzione del vincolo matrimoniale, senza che ciò significhi alcuna coniugazione di quel principio in

87 Ancora Corte cost., sent. n. 85/2013, punto 9 del *Considerato in diritto*. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 10 ss., sottolinea come ogni diritto fondamentale sia «soggetto a limiti per integrarsi con una pluralità di altri diritti e valori, giacché altrimenti si farebbe “tiranno”»; «in questo approccio integrato ai diritti fondamentali» sono da includersi «anche i diritti protetti dalla Convenzione europea» (sul «bilanciamento dinamico», in particolare p. 18). L’A., dopo aver richiamato la sent. n. 143/2013 del giudice delle leggi, sostiene ancora che «ogni disposizione che impone un sacrificio, una restrizione o una limitazione di un diritto costituzionale deve valere alla *maggior realizzazione di un altro interesse costituzionale*, pena la sua irragionevolezza [...]».

termini assoluti. In questi casi, infatti, verrebbe in rilievo il diritto all'identità sessuale, e non quello all'orientamento sessuale, per cui – nonostante il prosieguo del legame coniugale – non sarebbe violato il principio eterosessuale del matrimonio, che rimarrebbe fermo, salvaguardando così la prospettiva di integrazione dei diritti e dei principi declinati in misura mite.