

STEFANO CELENTANO

## LA LEGGE N. 164/1982. LA RETTIFICAZIONE DI ATTRIBUZIONE DI SESSO\*

SOMMARIO: 1. La norma. 2. Le questioni processuali. 3. La giurisprudenza. 4. Il c.d. “divorzio imposto”.

1. La domanda di rettificazione di attribuzione di sesso, disciplinata dalla L. 164/1982, si propone al tribunale del luogo di residenza dell’attore. La disciplina prevede che parti necessarie del giudizio siano il coniuge e la prole del soggetto istante, ove vi siano, e il pubblico ministero, parte obbligatoria ex art. 70 c.p.c., atteso che il procedimento incide sullo *status* delle persone.

La disciplina, come ormai disciplinata dall’art. 31 del D.Lgs 150/2011 (norma che ha abrogato, quanto al rito indicato, gli artt. 2 e 3 della L. 164/82) prevede che, se risulti necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzarsi mediante trattamento medico chirurgico, esso è autorizzato con sentenza emessa dal Tribunale. A tale “prima fase”, una volta accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, si procederà, con una “seconda fase” di giudizio, volta alla rettificazione anagrafica, consistente nell’ordine impartito all’ufficiale dello stato civile di effettuare la rettifica presso i registri dello stato civile del luogo di nascita del soggetto.

Va precisato che, secondo la norma, la sentenza non ha effetti retroattivi, e provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, ove il soggetto sia coniugato, seppur con le precisazioni che si diranno in seguito a seguito dell’intervento della Corte Costituzionale su tale disposto normativo<sup>1</sup>.

---

\* Il presente contributo è la riproposizione dell’intervento orale tenuto dall’Autore al Convegno (28/29 novembre 2014), di cui si pubblicano gli Atti. Gli aggiornamenti sono stati riportati nelle note.

1 La legge 20.5.2016 n. 76, ai commi 26 e 27 dell’art. 1 prevede la conversione del matrimonio in unione civile tra persone dello stesso sesso, ove alla sentenza di rettificazione anagrafica di sesso di uno dei due coniugi segua la concorde volontà degli stessi di rimanere uniti in vincolo pubblico (si sanano così le anomalie

Per la tutela della riservatezza del richiedente, tutte le successive attestazioni di stato civile conterranno soltanto la indicazione del nuovo sesso e del nome nuovo, senza attestare la pregressa diversa attribuzione di sesso.

Va ancora precisato che l'accoglimento della domanda di rettificazione anagrafica estingue i reati a cui abbia eventualmente dato luogo il trattamento medico chirurgico effettuato prima.

Sulla scorta di questa disciplina, possiamo enucleare gli aspetti più salienti della disciplina a cui farò breve cenno.

In primo luogo, va evidenziato che questo procedimento dà luogo, spazio e spessore ad uno dei più importanti diritti personalissimi, e cioè quello all'identità personale, che non è solo un concetto composto dagli elementi formali come quelli anagrafici, ma da esigenze primarie e sostanziali che comprendono in primo luogo la percezione del sé.

Dunque il procedimento è un luogo di altissimo esercizio dei diritti della persona, e che ha come contenuto quello di assicurare al soggetto richiedente la conformità del proprio stato sociale (concetto a cui corrisponde ovviamente anche la esteriorità dei caratteri sessuali e dunque la percezione che i terzi hanno di se stessi) alla propria identità e dunque al contenuto della propria percezione del sé.

È un momento storico della vita delle persone assimilabile ad una sorta di rinascita, in cui lo Stato deve dimostrarsi nella sua primaria funzione di garante pubblico delle persone, e dunque in questo caso del diritto personalissimo a raggiungere il proprio benessere mediante una rettificazione della propria identità sessuale ed anagrafica che porti equilibrio tra l'esteriorità e la percezione del sé, e che dunque porti linearità nei rapporti giuridici privati e pubblici, dando la possibilità di opporre validamente e pubblicamente, con il riconoscimento dello stato, la propria identità di genere ove differente dal sesso biologico piovuto in modo naturale alla nascita.

In quest'ottica, va rimarcata, nel corso del procedimento, l'importanza centrale del colloquio tra il giudicante e il ricorrente, e la necessità che sia assente ogni approccio morboso, ed ogni atteggiamento che possa essere percepito da quest'ultimo come giudicante ed invasivo; il colloquio è dunque il momento processuale in cui il racconto di una vita diventa esercizio di un diritto, in cui il pudore, il sospetto, la diffidenza, e la stanchez-

---

riscontrate dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 15138/2015, e da quella Costituzionale con la pronuncia n. 221/2015); al contrario, la rettificazione di sesso di uno dei due soggetti uniti civilmente, ove seguita da analoga e comune volontà degli stessi di rimanere comunque uniti in un vincolo di natura pubblica, non produce invece la opposta ipotesi di conversione dell'istituto dalla unione civile in matrimonio.

za dell'essere giudicati e sondati nel proprio io, debbono lasciare il posto all'orgoglio di chi esercita un diritto a piena ragione ed è cosciente che dall'altra parte c'è un ascolto ed una attenzione finalizzati proprio all'esito positivo dell'esercizio pieno di questo diritto.

In questo senso, il contatto tra il giudicante e il ricorrente rappresenta per il giudice un'esperienza professionale caratterizzata da uno straordinario impatto umano ed emotivo. Fuori dai riflettori delle aule penali, si è di fronte ad una luce accecante che illumina la vita delle persone e che rende soprattutto il dialogo con l'attore un momento di ascolto difficile, ma intenso perché richiede assenza di giudizio, predisposizione alla comprensione, ed una forte dose di immaginazione ed immedesimazione nella vita dell'altro, mantenendo una inevitabile relazione empatica, senza tuttavia incorrere in dinamiche relazionali che ledano il dogma della equidistanza e dell'imparzialità, essenza caratterizzante la professione del giudice.

Il gioco è complesso, perché non essendoci parti contrapposte, il procedimento è caratterizzato non dall'esame di tesi contrapposte, ma dalla costruzione del diritto alla propria identità cucito addosso al richiedente che è il protagonista unico del giudizio.

Devono dunque rimarcarsi, proprio per le peculiarità di questo procedimento, e per il vaglio delle circostanze personali ad esso sotteso, la centralità della funzione giurisdizionale nelle questioni che attengono ai diritti personalissimi: la irreversibilità delle decisioni, e la necessità assoluta che a tale giudizio debba darsi una struttura di assoluto rigore, tutti elementi che impongono di guardare con estrema diffidenza alle soluzioni legislative che, in materia di procedimenti sullo stato delle persone, formulino proposte e soluzioni tendenti alla loro degiurisdizionalizzazione.

2. Ciò posto, i punti più interessanti e al contempo controversi delle questioni processuali sottese al procedimento in esame attengono in primo luogo alla necessità o meno di disporre la consulenza tecnica d'ufficio nella prima e nella seconda fase del procedimento, alla sua struttura necessariamente bifasica, e soprattutto agli effetti della sentenza di rettificazione anagrafica sul pregresso rapporto di coniugio del richiedente.

Quanto al primo aspetto, nei procedimenti ascrivibili alla cd. "prima fase", e dunque ad intervento non ancora eseguito, al ricorso è bene allegare oltre alla documentazione relativa alla residenza, allo stato civile, ed alla copia integrale dell'atto di nascita, una perizia psichiatrica o psicodiagnostica che attesti il disturbo dell'identità di genere (*rectius*, la disforia) e dunque la necessità dell'intervento.

Questa documentazione (che nelle strutture sanitarie a Napoli è completa, ben argomentata, e rilasciata spesso al termine di un percorso cronologico di osservazione psicodiagnostica del soggetto) è sufficiente per evitare che si disponga la CTU finalizzata ad acquisire al giudizio i medesimi temi di indagine; altrimenti, in mancanza di tale allegazione di parte, sarà obbligatorio per l'istruttoria disporre CTU al fine appunto di verificare il disturbo dell'identità di genere e la necessità dell'intervento di rettificazione finalizzato al migliore equilibrio psicofisico del soggetto.

Nei casi più complessi, cioè quelli in cui vi è un nucleo familiare del richiedente, con coniuge e prole, la CTU può rendersi comunque necessaria per acquisire elementi ulteriori di giudizio circa la dinamica familiare, le modalità di percezione della crisi familiare conseguente alla decisione del richiedente, e quindi all'effettivo spessore del disturbo di identità e quindi alla forza ed alla particolare determinazione del proprio proposito di mutare sesso.

La prima fase si chiude con l'autorizzazione, con sentenza, a sottoporsi all'intervento di adeguamento dei caratteri sessuali a quelli del sesso biologico opposto rispetto a quello di nascita. È bene ricordare che la legge non specifica che tipologia di intervento, ma dà soltanto atto che esso ha la finalità di adeguamento dei caratteri sessuali, così come evidenziato in precedenza; circa l'entità di questo adeguamento, ci soffermeremo in seguito sullo stato della giurisprudenza di merito e di legittimità.

Nella seconda fase, invece, la CTU dovrebbe essere finalizzata all'accertamento medico dell'avvenuto adeguamento. Tale indagine risulta assolutamente inutile se vi è idonea documentazione medica rilasciata al termine dell'intervento, oppure, laddove l'intervento non sia completamente demolitivo e/o ricostruttivo dei caratteri sessuali di origine e di approdo, un adeguato supporto di perizia psichiatrica che attesti l'idoneità dei trattamenti effettuati (dunque di parziale adeguamento) rispetto al raggiungimento dell'equilibrio psicofisico del richiedente che, secondo la giurisprudenza che esamineremo in seguito, resta l'unico ed esclusivo obiettivo da perseguire.

E così, all'esito della seconda fase, sarà emessa una nuova pronuncia che disporrà la rettificazione anagrafica con nuova attribuzione del nome proprio corrispondente al sesso biologico di approdo.

Dunque, è evidente come la struttura bifasica, nell'intera dinamica del procedimento in esame, sia assolutamente necessaria nelle ipotesi in cui il soggetto richiedente, per ottenere la rettificazione anagrafica, intenda sottoporsi ad intervento chirurgico che incida sui suoi caratteri sessuali; in tale ipotesi infatti (lasciata la scelta al richiedente), la seconda pronuncia

(di rettificazione anagrafica) può avvenire soltanto dopo gli interventi di adeguamento, e dunque all'esito di una verifica ulteriore dopo la autorizzazione a compierli, che può avvenire soltanto nell'ambito di una fase processuale ulteriore e diversa rispetto alla prima, che accerti in modo definitivo il raggiungimento dell'equilibrio e del benessere psicofisico, presupposti per la rettifica anagrafica.

Ciò detto, i problemi applicativi della disciplina in esame sono fondamentalmente legati al periodo transitorio.

La norma prevede che il cambiamento di sesso e di nome avvengano soltanto a conclusione del procedimento esaminato, ragion per cui non esiste un *real life test* che permetta, anche per un periodo circoscritto, di avere piena autocoscienza della propria condizione e di viverla pubblicamente senza aver effettuato trasformazione chirurgiche irreversibili.

L'esperienza europea ci dice che esistono soluzioni alternative, dette "*piccole soluzioni*" che permettono di ottenere il cambio solo del nome, ma non anche della attribuzione di sesso, nel senso che sui documenti apparirà un nome conforme al proprio aspetto esteriore (pensiamo alle persone transessuali), ma sul certificato di nascita e sugli atti pubblici che concorrono a formare lo stato delle persone, rimarrà l'indicazione del sesso biologico della nascita, fino a che con sentenza non si intervenga.

Tale facoltà, nei paesi ove è prevista, può essere esercitata a tempo determinato o indeterminato.

In Italia, in passato, si è registrata una proposta di legge in tal senso (239/2002), finalizzata esclusivamente ad adeguare il nome, sui soli documenti di identità, al genere sessuale in cui si appare e si vive, soprattutto quando vi è grossa differenza tra l'aspetto fisico apparente ed il nome indicato sui documenti.

Tale soluzione non avrebbe mutato il genere di appartenenza del soggetto, e neanche il suo *status* di maschio o femmina, secondo il sesso biologico di nascita, ma avrebbe permesso a chi non ha più caratteri esteriori del sesso biologico proprio, di presentarsi pubblicamente, e dunque di apparire, con un nome congruo e conforme al proprio aspetto esteriore.

Il naufragio del dibattito istituzionale su tale proposta è un elemento di amara considerazione, che si ripete con identica cadenza per tutto ciò che attiene ai diritti civili ed agli ambiti della sessualità e della affettività globalmente intesi.

3. È ora utile compiere una breve rassegna giurisprudenziale su alcune tematiche sostanziali e processuali del procedimento in esame. Possono

dunque elencarsi in sintesi alcune questioni, ed indicarsi le più interessanti relative pronunce:

1. Mancata autorizzazione al trattamento chirurgico e rettifica anagrafica: pronunce recenti, emesse dal Tribunale di Brescia nel 2004 affermano che, poiché l'autorizzazione giudiziale deve necessariamente precedere l'intervento chirurgico, la domanda di rettificazione proposta dopo l'intervento chirurgico non autorizzato, andrebbe rigettata.

In precedenza vi sono state invece altre pronunce di segno contrario a questo principio, che hanno affermato che l'intervento, autorizzato non è un presupposto di fatto per la rettificazione anagrafica, e che in ogni caso la mancanza di autorizzazione non è idonea a sacrificare il diritto alla identità personale che presiede a questa normativa, e che ne è la *ratio* (Vicenza 2000, Salerno 1998, Pistoia 1996, Genova 1990).

2. Intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali, ed entità dello stesso: su tale tema, si prendono le mosse da vecchie pronunce dei primi anni 80 che prevedevano la necessità di intervenire sempre e comunque in modo definitivo ed irreversibile.

In seguito, il dibattito giurisprudenziale si è incentrato sul problema fondamentale sotteso a tale tema, e cioè il ritenere o meno che la norma imponga un adeguamento dei caratteri sessuali primari e secondari rispetto al sesso al quale si approda.

Il punto di partenza per affrontare tale dibattito è rappresentato dalla formulazione letterale della norma che prevede che la rettifica anagrafica si dispone dopo l'intervento, *se necessario*. Sembrerebbe dunque che l'intervento di adeguamento non sia costantemente necessario. Tuttavia, vi è da evidenziare che parte della giurisprudenza ha ritenuto che la locuzione "se necessario", si riferisca esclusivamente alle ipotesi in cui l'intervento di adeguamento, al momento della domanda di rettifica, fosse già avvenuto.

Una recente pronuncia del Tribunale di Rovereto ha poi definitivamente aperto la strada ad un differente ambito di interpretazione: invero, già la Corte costituzionale chiamata a decidere sulla legittimità della norma, ne aveva confermato la conformità della costruzione, intendendo che l'identità sessuale non è ancorata biologicamente al sesso, ma è un complesso della personalità, determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere ricercato o agevolato l'equilibrio.

Precedentemente, alcune pronunce del Tribunale di Bologna proponevano un discutibile riferimento al concetto di salute, intesa come obiettivo da raggiungere con l'azzeramento delle funzioni sessuali del sesso di origine, in nome del quale vi sarebbe stata una sorta di coazione all'intervento chirurgico anche se avvertito negativamente dall'attore.

Dal 1997 in poi, una folta schiera di pronunce di merito (Roma, Catanzaro, Monza, Pavia, Milano, Rovereto) stabilisce il principio per cui: *“il trattamento medico chirurgico è indispensabile nel solo caso in cui occorra assicurare al soggetto uno stabile equilibrio psicofisico, ossia nel solo caso in cui la discrepanza tra il sesso anatomico e la psicosessualità determini un atteggiamento conflittuale di rifiuto dei propri organi sessuali; ove non sussista tale conflittualità, a fini della rettifica dell’atto di nascita, non si rende necessario l’intervento chirurgico.”*

Le argomentazioni a sostegno della bontà di questa tesi sono sostanzialmente due: in primo luogo, come già evidenziato, il dato letterale della norma – che non chiarisce che tipo di intervento, se incisivo sui caratteri secondari o primari, né quando esso è effettivamente necessario per la rettificazione anagrafica conseguente – ed in secondo luogo il concetto ampio di identità sessuale come riconosciuto alla stessa Corte Costituzionale<sup>2</sup>.

- 2 Con la pronuncia n. 15138 resa il 20.7.2015, la Corte di Cassazione stabilisce che *“L’identità di genere costituisce un percorso che, grazie al minor stigma sociale, prende spesso avvio già in età preadolescenziale, e che è composto da tre componenti: il corpo, l’autopercezione, il ruolo sociale. L’apparenza fisica non può essere slegata dalla autopercezione e dalla relazione che si sviluppa con la società e con le sue norme comportamentali concernenti la sfera della sessualità, in una interazione costante tra cervello corpo ed esperienza. L’interazione di fattori biologici, psicologici e sociali, influenza la costruzione dell’identità di genere, e la chirurgia, in tale prospettiva, non è la soluzione, ma solo un eventuale ausilio per il benessere della persona. Se si perde di vista questa prospettiva socioculturale da cui emerge la domanda di giustizia, non si può procedere ad una corretta interpretazione delle norme”*; La Corte di Cassazione fissa finalmente un punto fermo nella interpretazione letterale e sistematica della L. 164/1982, con specifico riferimento al tema della necessità o meno che il processo di rettificazione di sesso debba per forza contenere in sé la modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari, affermando testualmente che *“la scelta di sottoporsi alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari non può che essere una scelta espressiva dei diritti inviolabili della persona, sacrificabili soltanto se vi siano interessi superiori di carattere collettivo da tutelare espressamente indicati dal legislatore”*. Dunque, in mancanza di tali interessi superiori, il trattamento chirurgico, senza o contro la volontà del ricorrente, diverrebbe una sorta di trattamento sanitario obbligatorio, inumano e degradante, che il ricorrente sarebbe obbligato a subire pur di raggiungere il suo prezioso obiettivo di vita. Dunque, sostiene la Cassazione, il sistema creato con la l. 164/82 in realtà non prevede alcuna correzione chirurgica sui caratteri sessuali primari come presupposto necessario per la rettificazione di sesso, e la norma in questione va invece interpretata – sul presupposto della collocazione del diritto all’identità di genere all’interno dei diritti inviolabili che compongono il profilo personale e relazionale della dignità personale – operando un adeguato bilanciamento tra tale ultimo diritto e l’interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche,

4. Tra le più importanti questioni connesse al procedimento in questione, vi è quella attinente alla sorte del vincolo matrimoniale precedentemente contratto dal soggetto che si accinge a mutare il proprio sesso.

La questione è di particolare attualità, ed è stata affrontata dalla Corte Costituzionale con la nota pronuncia n. 170/2014, a seguito di ordinanza di rimessione proveniente dalla Corte di Cassazione, la quale, in relazione agli artt. 2 e 4 della L. 164/82 aveva sollevato questione di legittimità costituzionale ritenendo che la norma in esame – che prevede il travolgimento automatico degli effetti civili del matrimonio precedentemente contratto dal soggetto che muta il proprio sesso – ponesse non pochi problemi di costituzionalità.

In particolare secondo quanto argomentato dal giudice rimettente, il c.d. “divorzio imposto” si sarebbe posto in contrasto: a) con il diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative alla identità personale, di cui la sfera sessuale assume carattere costitutivo; b) con il diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità nel tempo propri del vincolo matrimoniale; c) con il diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio, e con il diritto dell’altro coniuge di scegliere se continuare o meno la relazione coniugale.

Dunque il quesito posto dalla Corte di Cassazione ha riguardato il vaglio della adeguatezza del sacrificio imposto all’esercizio di tali diritti (tutti di rango costituzionale) dall’imperatività dello scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi.

---

ma senza ricorrere a trattamenti ingiustificati e discriminatori, “*pur rimanendo ineludibile un rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dagli approdi attuali e condivisi dalla scienza medica e psicologica*”. –

La Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 221/2015, ha poi affermato l’importante principio secondo cui la corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico è recessiva rispetto alla prevalente tutela della salute dell’individuo, con la conseguenza che l’intervento chirurgico non può mai essere un prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione anagrafica, ma solo un possibile mezzo per il conseguimento della salute intesa in senso lato.

Le due suddette pronunce incidono in modo rilevante anche sulla struttura processuale del giudizio di rettificazione, atteso che, secondo la giurisprudenza di merito che si sta formando, a modifica di un precedente orientamento, potrebbe ritenersi ormai superata la natura cosiddetta “bifasica” del giudizio, con conseguente pronuncia di un’unica sentenza che autorizzi l’intervento necessario (ove richiesto), e contestualmente ordini le conseguenti rettificazioni anagrafiche.

La Corte costituzionale, con la pronuncia richiamata, ha sancito la *“illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 L 164/82 nella parte cui non consente, ove entrambi i coniugi lo richiedano, di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.”*

Tale pronuncia, di carattere “additivo”, ha accolto alcune argomentazioni proposte dalla avvocatura di stato (tuttavia senza ritenere infondata la questione di legittimità, come richiesto dalla avvocatura stessa).

Ed infatti, l'avvocatura aveva chiesto di rigettare la questione di legittimità argomentando sulla natura esclusivamente eterosessuale del matrimonio come ribadito dalla Corte Cost con sent. 138/2010, ragion per cui il matrimonio durante il quale uno dei due coniugi muti sesso diventerebbe giuridicamente inesistente.

L'avvocatura stessa aveva poi precisato che tuttavia, ferma restando la inesistenza sopravvenuta del matrimonio, due coniugi ove lo volessero, avevano però diritto a mantenere il loro vincolo relazionale ma sotto altre forme, che, allo stato sono mancanti, e che comunque avrebbero dato analoga tutela e riconoscimento alla volontà di mantenere in piedi il loro vincolo affettivo e relazionale.

Appare utile ripercorrere, in modo esegetico ed al contempo critico, le argomentazioni proposte dal giudice delle leggi.

In primo luogo, la Corte afferma che l'eterosessualità sarebbe requisito essenziale nel nostro ordinamento per l'istituto del matrimonio, e che dunque il mutamento di sesso di uno dei due coniugi, in costanza di matrimonio, renderebbe di fatto caducato il matrimonio medesimo; contestualmente si afferma tuttavia che la situazione in cui i due coniugi vogliano però rimanere insieme non può essere equiparata alla unione affettiva e relazionale tra due persone dello stesso sesso, perché non possono essere cancellati tutti i reciproci diritti e doveri acquisiti e maturati nel precedente vissuto matrimoniale, che, anche se non più declinabili all'interno del matrimonio (che decade), non possono però essere tutti sacrificati dinanzi alla sopravvenienza del mutamento di sesso di uno dei due coniugi.

Dunque, sostiene la Corte, il parametro di riferimento della intera questione non è l'art. 29 della Carta, perché il diritto a formarsi una famiglia al coniuge che cambia sesso è in ogni caso garantito nel futuro dalla possibilità di farsene una nuova, sempre secondo il parametro eterosessuale laddove voglia accedere all'istituto del matrimonio.

Tale prima argomentazione segna davvero il passo dinanzi ad una semplice constatazione evidentemente non affrontata dal collegio; il diritto alla

vita familiare che qui viene in gioco non ha evidenze astratte, ma nel concreto attiene alla volontà ed al desiderio dei due soggetti protagonisti di una pregressa vita matrimoniale, a mantenere in piedi, con tutti i suoi caratteri di riconoscibilità pubblica, proprio quel vincolo, nonostante l'intervenuto mutamento di sesso di uno di loro. Dunque se l'art. 29 garantisce e protegge il diritto a formarsi una famiglia, esso non può che essere declinato garantendo non ipotesi astratte di schemi familiari, ma compagini concrete che diano riconoscimento a relazioni affettive specifiche e confacenti ai desideri ed alle aspirazioni dei singoli.

La Corte afferma altresì che non vi sarebbe violazione degli artt. 8 e 12 della CEDU, (che regolano il diritto alla vita familiare, e quello al matrimonio) perché anche laddove la CEDU abbia esteso tali diritti anche in favore delle coppie omosessuali, più volte dichiarati titolari degli stessi, tale statuizione non ha alcuna efficacia immediatamente vincolante ed impositiva sugli stati membri, a cui è lasciata invece libertà nel ricercare modelli giuridici che tutelino tali diritti anche alternativi al matrimonio.

Secondo la Corte, inoltre, non vi sarebbe neanche violazione del diritto di difesa, ex artt. 3 e 24 Cost., poiché non essendoci diritto della coppia a rimanere uniti nel vincolo matrimoniale, non vi sarebbe alcuna posizione giuridica di vantaggio da difendere.

Pertinente invece, secondo il giudice delle leggi, è il richiamo all'art. 2 Cost: l'unione omosessuale è una formazione sociale, come già detto nel 2010, che ha diritto di vivere liberamente la dimensione di coppia, ottenendone riconoscimento giuridico con connessi diritti e doveri, ma va precisato che tale diritto non può essere esercitato con l'equiparazione automatica del matrimonio, per la natura eterosessuale del suo modello, ragion per cui dovrà essere il legislatore ad esercitare la sua discrezionalità nell'individuare forme e garanzie alternative per il riconoscimento delle suddette unioni.

Le argomentazioni della pronuncia in esame prestano il fianco a diversi spunti critici.

Il primo punto di crisi è il rispetto del paradigma eterosessuale del matrimonio da una parte, e dall'altra l'illegittimità di sacrificare tutto il vissuto matrimoniale nelle situazioni in cui i coniugi vogliano continuare la loro dimensione affettiva pur dopo la rettifica del sesso.

Il bilanciamento tra i due interessi non può arrivare dal consentire di statuire il divorzio solo a domanda delle parti, perché ove ciò non accadesse, permanerebbe un vincolo matrimoniale tra due persone dello stesso sesso, a cui la Corte stessa non aderisce, ma deve invece essere ritrovato, con estrema sollecitudine, dal legislatore, nel consentire che, laddove i coniugi

vogliano rimanere legati tra loro, tale volontà sia consacrata in altra forma di unione.

Dunque, la soluzione – di evidente compromesso – è quella di dichiarare la illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevede che tale ipotesi possa essere sanata dalla previsione di forme di vincolo relazionale differenti dal matrimonio.

La corte, nell'affrontare le diverse tematiche sottese al tema, sembra dimenticare quanto già affermato dalla Corte di Cassazione, con la nota pronuncia n. 4284/2012, proprio in relazione al paradigma eterosessuale del matrimonio; in tale sede, con motivazione particolarmente approfondita e ricca di spunti di diritto comparato, si era giunti alla conclusione che la diversità di sesso tra i nubendi non è più un requisito essenziale del matrimonio, e che dunque dinanzi ai diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso, il legislatore fosse colpevolmente inerte nel non approntare tutela pubblica a tali unioni.

Sul punto inoltre, la stessa Corte Costituzionale, nel 2010, aveva sancito che *la costituzione non ha mai inteso cristallizzare la nozione di matrimonio nei suoi elementi costitutivi* (basti pensare alla indissolubilità, venuta meno con la legge istitutiva del divorzio, nel 1970).

Nel complesso, la pronuncia nulla sembra aggiungere rispetto alla ambiguità dello scenario successivo dalla pronuncia 138/2010.

Ciò che si evince, in primo luogo è l'esistenza di una sollecitazione, se non di un vero e proprio vincolo per il legislatore di creare la soluzione alternativa al matrimonio

In secondo luogo, stante la natura additiva della pronuncia, vi è la necessità di ricercare una soluzione intermedia nelle more che il legislatore provveda a introdurre nell'ordinamento schemi differenti dal matrimonio per l'unione affettiva di persone dello stesso sesso: la costituzionalista Barbara Pezzini propone che allo stato gli articoli dichiarati incostituzionali restino *tout court* inefficaci, e che pertanto l'ipotesi di "divorzio imposto" resti fuori dell'ordinamento comunque almeno fino a che non ci sarà una norma alternativa di convivenza pubblica tra coniugi ritrovatisi nel corso del matrimonio ad essere di sesso analogo. Si tratterebbe dunque di una illegittimità costituzionale *tout court* delle norme, sottoposta alla condizione risolutiva della concreta individuazione da parte del legislatore di forme di tutela pubblica di tali unioni. Vi è poi una differente corrente di pensiero che invece ritiene che, anche se allo stato non vi è predisposizione alcuna da parte del legislatore di forme di tutela del vincolo relazionale alternative al matrimonio, quest'ultimo non possa comunque rimanere i piedi, proprio perché la Corte ha rimarcato la natura

esclusivamente eterosessuale del matrimonio. La soluzione al caso è ora affidata alla Corte di Cassazione, a cui la questione è ritornata a seguito della pronuncia del giudice delle leggi.

Infine, va evidenziato che, secondo la Corte, l'inerzia del legislatore non può trascinare con sé il rispetto dei diritti fondamentali, per cui ella rivendica comunque il suo compito di pronunciare in ogni caso la illegittimità delle norme, seppur con i limiti come in questo caso, a prescindere dalla inerzia del legislatore nel ricercare soluzioni pratiche che soddisfino i diritti stessi, essendo un potere – dovere della Corte delle leggi sanare le situazioni di illegittimità e di pregiudizio.

Ma l'argomentazione più debole esposta dal giudice delle leggi, è quella relativa alla presunta necessità che un istituto fondante della società non venga snaturato nel suo paradigma eterosessuale, argomentazione “annacquata” con l'enunciazione di mero principio per cui comunque altre forme di convivenza debbono trovare riconoscimento tutela, seppur in forme differenti al matrimonio. In buona sostanza, si afferma una sorta di etica di Stato, impermeabile di fronte ad una società che evolve. Ciò che, *a contrariis*, la corte non evidenzia nel suo ragionamento è quale sia l'interesse costituzionalmente protetto che giustifica il divieto del matrimonio *same sex*, divieto che si giustificerebbe soltanto ipotizzando, ove vi fosse il matrimonio tra persone dello stesso sesso, nel rischio di compromissione di altri interessi (quali?) o di pregiudizio per altri soggetti (quali?) e non certo ipotizzando ed affermando l'esistenza di una volontà conservatrice dello stato, che oltre ad essere frutto di una visione politica di parte, non ha alcuna valenza costituzionale.

Stupisce poi non poco la superficialità dell'approfondimento europeo del tema: la CEDU viene richiamata soltanto per l'affermazione secondo cui gli stati mantengono un margine di apprezzamento notevole sul tema, restando loro affidate le scelte politiche sulle forme di tutela a approntare alle coppie *same sex*, ma si tace su tutti gli altri principi di diritto e di costume enucleati alla giurisprudenza della CEDU nel tempo, che partono proprio dallo sgretolamento del paradigma eterosessuale del matrimonio, tra cui il richiamo continuo agli artt. 8 12 CEDU (diritto alla vita familiare e diritto al matrimonio e alla costituzione di una famiglia) ampiamente riconosciuti alle coppie omosessuali dalla CEDU stessa.

La Corte non sembra dunque aver recepito che la nozione di matrimonio oggi accolta nel sistema della convenzione europea contiene in sé il *same sex marriage*, e al contempo dimentica che le norme CEDU, secondo quanto stabilito dalla Corte Costituzionale con le pronunce 348 e 349 del 2007 integrano, come norme interposte, il parametro espresso dall'art. 117,

comma I Cost., entrando dunque a far parte del patrimonio normativo cui deve conformarsi la legislazione ordinaria.

Dunque, se la stessa Corte Costituzionale, in alcune pronunce, prima del 2011, enuncia il diritto fondamentale al matrimonio facendolo poggiare anche sull'art. 12 CEDU, non può poi ignorare che l'interpretazione europea di tale norma ricomprenda in sé, in modo esplicito e reso chiaro da numerose pronunce, anche il matrimonio *same sex*.

Forse era più coerente ipotizzare che la regola eterosessuale del matrimonio poteva in questo caso essere derogata, consentendo di regola la continuazione del vincolo, e relegando il divorzio soltanto "a domanda di parte", considerato che è la Corte stessa a dire che questa situazione non è quella di una coppia omosessuale, ma di una coppia ex eterosessuale, con un vissuto peculiare, e che ha caratteri di eccezionalità assoluta. La conseguenza è che i coniugi cadranno in un limbo non regolamentato, pur avendo alle loro spalle un vissuto che andava sicuramente mantenuto anche nella sua forma esteriore.

Inoltre, tale pronuncia introduce il rischio evidente per cui, laddove mai il legislatore introducesse forme alternative al matrimonio, avremo una serie infinita di modelli legali di famiglia: quella etero fondata sul matrimonio, quella omosessuale fondata su non si sa cosa, e quella "ex etero", fondata a sua volta su non meglio precisati modelli pubblici.

Il giudizio su tale pronuncia è dunque necessariamente di poca modernità e di poca attenzione ai valori di librazione dell'individuo; vi è invece un rigurgito di postmodernità regressiva e discriminatoria, molto deludente e figlio di un approccio superficiale e poco rispettoso della dignità relazionale del singolo<sup>3</sup>.

3 Con successiva pronuncia del 21.4.2015, la Corte di Cassazione, a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale in questione, nel dare attuazione alla declaratoria di illegittimità della norma per le motivazioni analizzate, ha poi definitivamente accolto il ricorso delle due donne riconoscendo valido ed efficace il perdurare del loro vincolo matrimoniale fino a quando il legislatore non consentirà loro un analogo forma di riconoscimento pubblico della loro unione, che ne possa adeguatamente tutelare diritti e doveri. La successiva entrata in vigore della legge n. 76 del 20.5.2016, regolante le Unioni Civili di persone dello stesso sesso, ha poi definitivamente risolto la questione posta all'attenzione della Corte Costituzionale, stabilendo, ai commi 26 e 27, che alla rettificazione anagrafica di un soggetto unito in matrimonio, ove vi sia comune volontà degli sposi di mantenere in forma pubblica il proprio vincolo, il matrimonio *illo tempore* contratto subirà una pubblica conversione nell'istituto della unione civile. Resta invece paradossalmente non disciplinata la ipotesi inversa, con conseguente disparità di trattamento tra situazioni analoghe e sovrapponibili, non essendo stabilito *a contrariis* che la rettifica anagrafica di uno dei due soggetti uniti civilmente, ove gli stessi vogliano rimanere pubblicamente vincolati tra loro determini la conversione della unione civile in matrimonio.