

Identità di genere e scioglimento del matrimonio: la cassazione rinvia alla consulta alcune questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. 164 del 1982

1. Il contesto sotteso all'ordinanza di rinvio

Con ordinanza depositata il 6 giugno 2013 la Corte di Cassazione ha acceso i riflettori sulla questione delicata, già oggetto di recenti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle Corti costituzionali di altri Stati europei, riguardante gli effetti della pronuncia di rettificazione di sesso su un matrimonio preesistente, nell'ipotesi in cui né il soggetto che ha acquisito la nuova identità sessuale né il coniuge intendano sciogliere il vincolo matrimoniale.

La legge n. 164 del 1982 ha disciplinato la materia della rettificazione di attribuzione di sesso prevedendo espressamente, all'art. 4, che la sentenza dichiarativa del cambiamento di genere provoca, senza effetti retroattivi, la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Inoltre, secondo l'interpretazione resa dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 161 del 1985, lo scioglimento del vincolo matrimoniale opera in modo automatico al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso.

Nel nostro ordinamento questa soluzione è stata finora considerata esclusivamente nella prospettiva di assicurare il diritto del transessuale di mutare la propria identità con effetti anche nel versante della vita relazionale, riconoscendogli la possibilità di liberarsi dal precedente vincolo matrimoniale e di contrarre matrimonio con un soggetto di sesso opposto a quello di nuova acquisizione. In questa prospettiva, i diritti alla vita alla vita privata e familiare e a contrarre matrimonio, sanciti dagli articoli 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, possono darsi come pienamente realizzati dal regime italiano delineato dalla legge n. 164 del 1982.

L'ordinanza in commento inaugura, invece, una diversa prospettiva alla luce della quale è pure necessario valutare la conformità delle

Osservatorio sulle fonti

disposizioni italiane con la tutela dei diritti fondamentali del soggetto transessuale e del suo coniuge.

La nuova prospettiva si pone in sostanza nell'ottica della salvaguardia dell'interesse comune del soggetto che ha cambiato genere in corso di rapporto e del suo coniuge (nonché di eventuali figli) di mantenere l'unione coniugale e familiare preesistente nonostante il mutamento di sesso.

Essa inoltre richiede di tenere conto dell'esigenza che siano adeguatamente rispettati i cardini interni all'ordinamento del favor verso la stabilità matrimoniale e familiare in presenza di matrimonio validamente contratto e del consenso che dovrebbe presiedere alla continuità del rapporto coniugale. Infatti, mentre nel nostro ordinamento all'origine dello scioglimento del matrimonio è generalmente posta la volontà dei coniugi, la rettificazione dell'attribuzione di sesso comporta, in sostanza, l'unico caso di divorzio imposto *ex lege*.

D'altro canto, si deve considerare che è in gioco anche l'interesse dell'ordinamento a mantenere inalterata la concezione tradizionale del matrimonio come unione eterosessuale, per cui nel delicato bilanciamento dei diritti coinvolti si pone il dubbio, sul quale sarà essenziale la pronuncia della Consulta, se la prosecuzione dell'unione coniugale nel caso in cui uno dei due coniugi abbia ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso determini in modo indiretto l'apertura verso unioni matrimoniali omosessuali o se invece non debba essere valorizzata la sostanziale diversità tra orientamento sessuale e identità di genere, di recente riconosciuta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 138 del 2010, essendo quest'ultima legata alla situazione particolare di un soggetto che, pur presentando i caratteri genetici e fenotipici di un determinato genere, sente di appartenere all'altro, del quale ha assunto l'aspetto fisico e i comportamenti.

In questo scenario, caratterizzato da interessi e valori contrastanti ed in continua evoluzione, si è inserita la recente ordinanza di rinvio della Corte di Cassazione.

Osservatorio sulle fonti

2. Le questioni di legittimità costituzionale rimesse alla Consulta

All'origine dell'ordinanza *de quo* si pone il ricorso presentato con riferimento alle annotazioni di scioglimento del matrimonio effettuate dall'ufficiale di stato civile a margine dell'atto di matrimonio in seguito al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso ottenuta da una delle due ricorrenti.

Con tale ricorso le ricorrenti hanno chiesto la cancellazione di tali annotazioni in quanto, a loro avviso, effettuate in mancanza dei requisiti di legge e, in particolare, in assenza di dell'emanazione di una sentenza, pronunciata su domanda di uno dei due coniugi, dichiarativa della cessazione del matrimonio. Secondo le ricorrenti, infatti, l'art. 3 della l. 898 del 1970, che in seguito alla modifica apportata dall'art. 7 della l. 74 del 1987 fa riferimento anche allo scioglimento del matrimonio in seguito alla sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, nel prevedere "lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei due coniugi" imporrebbe che tali effetti si producano solo su "domanda" di parte e ne escluderebbe, di conseguenza, l'operatività automatica *ope legis*.

La Corte di Cassazione non ha accolto la ricostruzione delle Parti ricorrenti escludendo che l'interpretazione prospettata fosse compatibile con le finalità di mera razionalizzazione procedurale sottese alla l. 74 del 1987 e notando che, anche alla luce della disciplina introdotta dal d. lgs. 150 del 2011, la stessa sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina in modo automatico lo scioglimento del matrimonio, senza l'esigenza della domanda di parte e di specifica pronuncia giudiziale.

Ciò premesso, la Corte di Cassazione è passata ad interrogarsi sulla compatibilità di tale soluzione legislativa ai principi e ai valori del sistema costituzionale italiano, come esso risulta integrato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce della giurisprudenza della sua Corte.

I dubbi della Suprema Corte hanno avuto ad oggetto principalmente il contenuto dell'art. 4 della l. 164 del 1982, che, come si è detto, è rimasto intatto in seguito alla novella dell'art. 31 del d.lgs. 150 del 2011, nella misura in cui esso introduce un meccanismo di

Osservatorio sulle fonti

“divorzio imposto” e operante in modo automatico difficilmente compatibile con i diritti fondamentali del transessuale e del coniuge al rispetto della vita privata e familiare e al matrimonio, tutelati dagli articoli 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e 2 e 29 Cost.

Peraltro, la Suprema Corte ha anche dubitato della compatibilità di tale disciplina con lo stesso diritto fondamentale all’identità di genere, ormai pacificamente riconosciuto dall’art. 2 Cost., giacché impone al transessuale di subire, per il solo effetto della rettificazione di attribuzione di genere, una totale rinuncia alla realizzazione della propria personalità nella sfera coniugale e familiare preesistente.

Nell’ordinanza di rinvio è, inoltre, prospettato un ulteriore sospetto di incostituzionalità con riferimento al parametro dell’art. 24 Cost. in ragione della mancata previsione per il transessuale e per il coniuge della possibilità di partecipare e di esprimere la propria posizione rispetto all’effetto automatico dello scioglimento del vincolo matrimoniale in seguito al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso.

Per queste ragioni la Suprema Corte ha sollevato alla Corte Costituzionale quattro questioni di legittimità costituzionale concernenti gli articoli 2 e 4 della legge 164 del 1982 e, segnatamente, dell’art. 4, - nella parte in cui dispone che la sentenza di attribuzione di sesso provoca l’automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio senza la necessità di una domanda di parte e di una pronuncia giudiziale - con gli articoli 2 e 29 Cost. e 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo; degli articoli 2 e 4 - nella parte in cui prevedono la notificazione del ricorso per rettificazione di attribuzione di sesso all’altro coniuge senza riconoscere a quest’ultimo il diritto di opporsi allo scioglimento del vincolo coniugale che opera *ope legis* - con l’art. 24 Cost.; ancora degli articoli 2 e 4 rispetto all’art. 24 Cost. avendo riguardo al diritto di opporsi del coniuge che ha ottenuto la rettificazione di attribuzione di sesso; infine dell’art. 4 con riferimento all’art. 3 Cost. per l’ingiustificata disparità di regime giuridico tra l’ipotesi di scioglimento automatico *ex lege* del vincolo coniugale previsto da tale norma e gli altri casi di divorzio contemplati dall’ordinamento.

Osservatorio sulle fonti

3. La recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo nel caso H. c. Finlandia

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo dedica alla tutela della famiglia principalmente due disposizioni: l'art. 8 che protegge la vita privata e familiare e l'art. 12 che protegge il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia.

Tali disposizioni costituiscono, alla luce della giurisprudenza ormai consolidata della Corte Costituzionale a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, tramite l'art. 117 Cost., parametri interposti di legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge i quali definiscono, avuto riguardo anche alla giurisprudenza rilevante della Corte europea dei diritti dell'uomo, lo *standard* minimo di tutela al quale il nostro ordinamento deve conformarsi.

Nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo la più recente giurisprudenza della Corte europea, l'art. 12, benché letteralmente garantisca il diritto di sposarsi a "uomini e donne", non escluderebbe di per sé che la sua tutela possa estendersi alle coppie omosessuali. La sua formulazione è infatti il frutto della nozione di "matrimonio" invalsa in Europa all'epoca della redazione della CEDU, in parte modificata al momento della redazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, all'art. 9, si riferisce invece a "chiunque", con evidente apertura verso modelli diversi di unione familiare.

Ciò nonostante, l'assenza di una nozione uniforme di famiglia negli Stati europei ha indotto la Corte europea ad affermare, nel recente caso *Schalk e Kopf c. Austria*, che l'art. 12 non imponga agli Stati contraenti né di riconoscere il diritto di sposarsi né di prevedere altre forme di regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso.

Con specifico riferimento ai casi di transessualismo, la Corte europea, già dal 2002 nel caso *Goodwin c. Regno Unito*, ha affermato la contrarietà della legislazione dello Stato convenuto all'art. 12 della Convenzione europea perché essa non consentiva la rettifica dei dati relativi al sesso nei registri dello Stato civile e, dunque, impediva il

Osservatorio sulle fonti

matrimonio del transessuale con persone di sesso opposto a quello poi acquisito. Da questo momento la giurisprudenza di Strasburgo è stata costante nell'affermare il diritto del transessuale di contrarre nuovo matrimonio e, dunque, anche di svincolarsi da unioni contratte prima del mutamento di identità di genere.

Soltanto nella recente sentenza del 13 novembre 2012, resa nel caso *H. c. Finlandia*, la Corte europea si è posta nella prospettiva della coppia interessata a mantenere gli effetti del matrimonio contratto prima del mutamento di genere e ha, dunque, affrontato una questione del tutto analoga a quella oggetto dell'ordinanza della Corte di Cassazione che qui si commenta. Anche questo caso infatti riguardava la situazione di una coppia legittimamente sposata e costretta, in seguito al mutamento di sesso di uno dei coniugi, a subire per effetto delle disposizioni rilevanti della legislazione finlandese un divorzio contro la comune volontà dei *partners*. Il ricorso ha dunque avuto ad oggetto la pretesa incompatibilità della legislazione finlandese con gli articoli 8 e 12 della Convenzione europea.

La sentenza adottata dalla Corte europea ha ammesso l'interferenza con i diritti fondamentali dei ricorrenti ma l'ha considerata legittima in quanto necessaria e proporzionata al conseguimento in una società democratica dell'obiettivo, di interesse generale, della tutela della morale pubblica e della difesa del modello tradizionale di famiglia. Difatti, secondo la Corte europea, nel caso di specie il rispetto del principio della proporzionalità sarebbe stato assicurato dalla possibilità, concessa dalla legge finlandese alla coppia, di optare per la trasformazione *ex lege* dell'unione matrimoniale in *partnership* civile registrata secondo la disciplina prevista in quell'ordinamento a garanzia delle unioni di persone dello stesso sesso o comunque non coniugate.

Pertanto, la legislazione finlandese è risultata conforme ai parametri convenzionali in quanto non avrebbe determinato uno svuotamento della tutela del diritto alla vita privata della coppia, pur imponendo una rinuncia della propria originaria dimensione matrimoniale e familiare.

Il principio di diritto contenuto in questa innovativa sentenza della Corte di Strasburgo, di per sé non vincolante per la Consulta ma

Osservatorio sulle fonti

inevitabilmente di particolare influenza, apre importanti prospettive di riflessione nella valutazione della legittimità costituzionale della legge n. 164 del 1982. E, infatti, la Corte Costituzionale dovrà considerare che nell'ordinamento italiano allo scioglimento del vincolo matrimoniale imposto *ex lege* non consegue la possibilità per la coppia di trasformare il rapporto coniugale in altra forma di partnership registrata, non essendo stata ancora prevista dalla nostra legislazione tale forma di riconoscimento.

Pertanto, la stessa soluzione fornita dalla Corte europea nella sentenza *H. c. Finlandia*, benché decisa all'unanimità, non può ancora dirsi definitiva, poiché la sentenza è stata oggetto di rinvio, il 24 aprile 2013, alla Grande Camera.

Su tale delicata questione, dunque, si rimane in attesa di due autorevoli pronunce, quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, che sarà resa nella sua composizione più autorevole in funzione di riesame, nel caso *H. c. Finlandia* e quella della Corte Costituzionale sulle legittimità costituzionali degli articoli 2 e 4 della legge n. 164 del 1982.

Deborah Russo